

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MAURICIO GOTARDO GERUM

O DILEMA DO CONSENSO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS  
METAINDIVIDUAIS

Curitiba

2022

MAURICIO GOTARDO GERUM

O DILEMA DO CONSENSO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS  
METAINDIVIDUAIS

Dissertação apresentada ao Programa de PósGraduação em Direito – PPGD do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Elton Venturi

Curitiba

2022

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Gerum, Mauricio Gotardo

O dilema do consenso na solução dos conflitos  
metaindividuais / Mauricio Gotardo Gerum. – Curitiba, 2022.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do  
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de  
Pósgraduação em Direito.

Orientador: Elton Venturi.

1. Justiça. 2. Democracia. 3. Ministério público.  
4. Interesse público. 5. Tribunais. I. Venturi, Elton. II. Título.  
III. Universidade Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -  
40001016017P3

**ATA Nº226**

## **ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO**

No dia dois de agosto de dois mil e vinte e dois às 09:30 horas, na sala Sala 317 - 3º Andar, Sala de Defesas, Praça Santos Andrade, - Prédio Histórico, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **MAURICIO GOTARDO GERUM**, intitulada: **O Dilema do Consenso na Solução dos Conflitos Metaindividuais**, sob orientação do Prof. Dr. ELTON VENTURI. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: ELTON VENTURI (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), SERGIO CRUZ ARENHART (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), HERMES ZANETI JUNIOR (UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO ), WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG (INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, ELTON VENTURI, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 02 de Agosto de 2022.

Assinatura Eletrônica  
02/08/2022 17:40:52.0  
ELTON VENTURI  
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica  
02/08/2022 15:00:56.0  
SERGIO CRUZ ARENHART  
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica  
22/09/2022 16:29:57.0  
HERMES ZANETI JUNIOR  
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO )

Assinatura Eletrônica  
03/08/2022 16:38:43.0  
WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG  
Avaliador Externo (INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO)

---

Praça Santos Andrade, 50 - CURITIBA - Paraná - Brasil  
CEP 80020300 - Tel: (41) 3310-2685 - E-mail:  
ppgdufpr@gmail.com

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.

---

Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 211743  
Para autenticar este documento/assinatura, acesse <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp>  
e insira o código 211743



MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO  
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO 40001016017P3

## TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **MAURICIO GOTARDO GERUM** intitulada: **O Dilema do Consenso na Solução dos Conflitos Metaindividuais**, sob orientação do Prof. Dr. ELTON VENTURI, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 02 de Agosto de 2022.

Assinatura Eletrônica  
02/08/2022 17:40:52.0

ELTON VENTURI  
Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica  
02/08/2022 15:00:56.0

SERGIO CRUZ ARENHART  
Avaliador Interno (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica  
22/09/2022 16:29:57.0

HERMES ZANETI JUNIOR  
Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO)

Assinatura Eletrônica  
03/08/2022 16:38:43.0

WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG  
Avaliador Externo (INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO)

---

Praça Santos Andrade, 50 - CURITIBA - Paraná - Brasil  
CEP 80020300 - Tel: (41) 3310-2685 - E-mail:  
ppgdufpr@gmail.com

Documento assinado eletronicamente de acordo com o disposto na legislação federal Decreto 8539 de 08 de outubro de 2015.

---

Gerado e autenticado pelo SIGA-UFPR, com a seguinte identificação única: 211743  
Para autenticar este documento/assinatura, acesse <https://www.prppg.ufpr.br/siga/visitante/autenticacaoassinaturas.jsp>  
e insira o código 211743

A meu pai, **Gotardo Ângelo Gerum**, o  
melhor professor de literatura latina  
destas paragens. (*in memoriam*)

*Ut queant laxis  
Resonare fibris  
Mira gestorum  
Famuli tuorum  
Solve polluti  
Labi reatum  
Sancte Iohannes*

## RESUMO

O desenvolvimento social e civilizatório da sociedade humana esteve sempre dependente do aprimoramento das noções de Justiça. Com as duas guerras mundiais que marcaram a primeira metade do século XX, a democracia passou a exigir da justiça uma evolução constante no índice de proteção aos direitos fundamentais, porque eles mesmos representam a ampliação dos ideais democráticos. O pioneirismo do sistema judiciário americano ao determinar a dessegregação racial a partir do caso *Brown v. Board of Education* e ao utilizar as *structural injunctions* para tornar efetivas as decisões que garantiram a equalização dos direitos sociais mostraram um caminho independente para que outras instituições se habilitassem na permanente construção da democracia. Além do papel sempre relevante dos tribunais, a experiência brasileira apresenta o singular desenho constitucional que dotou o Ministério Público de ferramentas especialmente preparadas à defesa dos direitos metaindividuais. A construção da Usina de Belo Monte é um bom exemplo da desenvoltura dessas ferramentas que serviram à estruturação de conflitos envolvendo o direito ao meio ambiente equilibrado e à preservação das comunidades humanas que habitavam e sobreviviam a partir do ecossistema do Rio Xingu. A partir da análise de casos práticos e de abalizada doutrina, a presente dissertação pretendeu superar o suposto dilema que permeia a solução consensual dos conflitos metaindividuais, firmando a compreensão de que tanto o Judiciário quanto o Ministério Público são instituições que, embora muito próximas, cumprem papéis distintos no desenho do Estado Democrático. À intervenção judicial deve ser atribuído um papel proeminente na solução de um litígio apenas quando os instrumentos disponibilizados ao Ministério Público pela Constituição Federal não se mostrem suficientes a garantir uma proteção consensual dos bens comuns.

**Palavras-chave:** Justiça; Democracia; Ministério Público; Acordos; Interesse Público

## ABSTRACT

The development of human society as well as his civilizational progress has always relied upon the comprehension of the aims of Justice. The experience of World Wars, that grievously delineate the first half of the 20th century, demanded a continued development in the protection of fundamental rights, also recognizing that they themselves represent one of the most important faces of democratic ideals. The pioneering experiences of the American judicial system in determining racial desegregation in the case *Brown v. Board of Education* and the use of structural injunctions to make decisions effective enlighten an independent path that should be trailed by other institutions in the permanent duty of improving the democratic system. In addition to the relevant role of the courts, the Brazilian experience presents the unique constitutional design that has endowed the Ministério Público with special tools just wellcrafted for the defense of meta-individual rights. The construction of the Belo Monte Power Plant is a good example of the resourcefulness of these tools that served to structure disputes involving the right to the balanced environment and the preservation of human communities that inhabited and survived from the Xingu River ecosystem. From the analysis of practical cases and assigned doctrine, this dissertation aimed to overcome the supposed dilemma that permeates the consensual solution of meta-individual disputes, establishing the understanding that both the Judiciary and the Ministério Público are institutions that, although very close, fulfill distinct roles in the design of the Democratic State. Judicial intervention should be given a prominent role in the settlement of a dispute only when the tools used by the Ministério Público are not enough to ensure consensual protection of the common property.

**Keywords:** Justice; Democracy; Public Attorney's Office/Prosecution Service; Settlements; Public Interest

## RESUME

Le développement social et civilisateur de la société humaine a toujours été lié à l'amélioration de la compréhension de la justice. L'impact des deux guerres mondiales qui a marqué la première moitié du 20ème siècle a déterminé la suprématie de la démocratie et une évolution constante de la protection des droits fondamentaux, eux-mêmes signes de l'expansion des idéaux démocratiques. L'innovation du système judiciaire américain portée par la déségrégation raciale à partir de l'arrêt *Brown v. Board of Education* et l'utilisation des *structural injonctions* pour rendre efficaces les décisions qui ont assuré l'égalité sociale ont montré une voie indépendante viable à d'autres institutions dans le travail constant de construction de la démocratie. En plus du rôle toujours pertinent des tribunaux, l'expérience brésilienne présente la conception constitutionnelle unique qui a doté le ministère public d'outils spécialement préparés pour la défense des droits méta-individuels. La construction de la centrale électrique de Belo Monte est un bon exemple de l'ingéniosité de ces outils et de sa utilisation pour structurer les disputes autour du droit à un environnement équilibré et de la préservation des communautés humaines qui habitaient et survivaient à l'écosystème du bassin du Xingu. À partir de l'analyse de cas pratiques et de la doctrine assignée, cette thèse visait à surmonter le dilemme supposé qui imprègne la solution consensuelle des disputes méta-individuels, en établissant la compréhension que le pouvoir judiciaire et le ministère public sont des institutions qui, bien que très proches, remplissent des rôles distincts dans la conception de l'État démocratique. L'intervention judiciaire ne devrait jouer un rôle de premier plan dans le règlement d'un litige que lorsque les instruments mis à la disposition du ministère public par la Constitution fédérale ne sont pas suffisants pour assurer une protection consensuelle des biens communs.

**Mots-clé:** La Justice; La Démocratie; Ministère Public; Agréement ; L'intérêt général **Sumário**

## SUMÁRIO

1. <b>Introdução</b> .....	13
2. <b>A Justiça</b> .....	16
a. Para quem tem dúvidas sobre as medidas de justiça.....	17
b. Para quem tem dúvidas sobre como garantir a <i>polis</i> .....	19
c. Para quem tem dúvidas sobre a ordem.....	21
d. Para quem tem dúvidas sobre como atingir a felicidade.....	23
e. Para quem tem dúvidas sobre como dar uma lição de moral....	24
f. Para quem tem dúvidas sobre um julgamento justo.....	26
3. <b>A democracia</b> .....	28
a. A democracia moderna.....	29
b. A democracia do pós-guerra.....	33
c. A democracia do voto.....	35
4. <b>Os tribunais</b> .....	38
a. <i>Uzuegbunam et alli v. Preczewski et alli</i> .....	40
b. Entre o ativismo e a autocontenção.....	43
c. O caso <i>Brown</i> .....	46
d. <i>Structural injunctions</i> .....	49
5. <b>O Ministério Público</b> .....	55
a. Belo Monte.....	57
b. Os Tribunais e o Ministério Público.....	61
c. Uma objeção.....	63
d. Um processo sem juiz.....	70
6. <b>Acordos</b> .....	74
a. O desequilíbrio do poder.....	76
b. A ausência de consentimento legítimo.....	80
c. A falta de uma base para o envolvimento judicial continuado...82	
d. Justiça em vez de paz.....	84

<b>7. Acordos e Ministério Público</b> .....	87
a. Interesse público.....	91
b. O meio ambiente e o equívoco de sua indisponibilidade.....	96
<b>8. Conclusão</b> .....	101
<b>9. Referências Bibliográficas</b> .....	104

## Introdução

A introdução deve servir, antes de mais nada, como uma advertência ao leitor sobre o que pode esperar de um trabalho acadêmico e o que nele não vai se encontrar.

Não é comum que se enxergue polêmica no consenso. Guerras são encerradas, e são evitadas, quando partes visceralmente opostas percebem que têm mais a perder do que a ganhar com um confronto.

O dilema está na decisão de continuar a guerrear, porque sempre se pode perder muito mais do que já se perdeu e, mesmo que a vitória venha, não há como transformar um tempo de batalhas em um tempo de construção de objetivos comuns.

Não é por outro motivo que, propositadamente, o título deste trabalho apresenta o equívoco conceitual de situar o consenso no centro de um dilema.

Há na evolução humana um certo ar de novidade na preocupação com os direitos metaindividuais. Depois de todo o individualismo iluminista, é preciso *reaprender* a lidar com o comum, com as *coisas de todos*. E nesse (re)aprendizado, não surpreende que surjam dúvidas; dúvidas sobre como suprir essa necessidade orgânica de atribuir a alguém a responsabilidade de cuidar daquilo que é de todos, e dúvidas mesmo sobre o que deve significar a preservação e garantia desses valores comuns. Daí nasce o dilema de se aceitar o consenso como meio válido de resolução de conflitos metaindividuais.

O presente trabalho se desenvolve a partir de um sobrevoo (intencionalmente sem a preocupação de mergulhos mais profundos) histórico, e um tanto filosófico, das expectativas de justiça. Os primeiros agrupamentos humanos produziram o Código de Hamurabi e estabeleceram o padrão de uma justiça retributiva. A Grécia Antiga apresentou a *polis*, e o coletivo, como elementos essenciais às noções de justiça. A Idade Média enfatizou a importância do bem comum e da existência de uma ordem que traz estabilidade e que valoriza um pluralismo jurídico atento às diversidades da população. A busca pela felicidade propagada pelo utilitarismo iluminista transformou o conceito de *utilidade pública* em fonte de justiça, porque era através dela que se possibilitava o aumento da produtividade das sociedades humanas. Com Kant o conceito de justiça sofre uma meticulosa elaboração e passa a se desenvolver a partir de um profundo conteúdo moral. Por fim, Rawls apresenta o *véu da ignorância* como pressuposto de um acordo hipotético sobre as definições de justiça.

Na sequência, é feita uma análise evolutiva da democracia contemporânea e da necessidade de sua compreensão em um sentido muito mais amplo do que a simples legitimidade pelo voto. A premência do constante fortalecimento da democracia vai muito além da garantia de eleições periódicas que, embora continuem sendo o coração de um regime democrático, não são mais suficientes para abranger todo o espectro de direitos e garantias que um estado democrático se compromete a velar. Por isso, a essencialidade de se fundar, também, em instituições sólidas e valorizadas que compreendam a importância das conquistas civilizatórias.

No capítulo dedicado aos tribunais, é enfatizada a importância do sistema judicial na reafirmação dos valores democráticos em uma postura que deve ser vista como de parceria com os demais poderes. O ativismo é apresentado a partir da experiência americana em que se sobressai o ímpeto conservador dos movimentos que propugnam a autocontenção. A fim de ilustrar a importância de tribunais conscientes de seu papel em um estado democrático é discutido o caso *Brown v. Board of Education* e a utilização das *structural injunctions*. As conclusões do capítulo levam inexoravelmente à pouca consistência dos argumentos que procuram desacreditar o protagonismo dos tribunais a partir de um suposto déficit democrático (simplesmente porque não eleitos os seus integrantes) e à necessidade de atualização de conceitos de um processo bipolar, inclusive com a superação dos papéis tradicionais dos atores processuais.

O Ministério Público aparece pela primeira vez no capítulo 4 onde é feita uma breve retrospectiva histórica de seu surgimento a partir dos *gens du roi* e apontada uma atuação que não o restringia à Justiça Criminal. A Constituição brasileira de 88 assimila a ideia que vê no Ministério Público um defensor do povo e procura fornecer todas as ferramentas necessárias a bem desempenhar essa função. O seu estatuto, muito próximo ao dos juízes, é complementado por mecanismos de controle e por uma estrutura de apoio que o garantem como o principal ator na defesa dos direitos metaindividuais. Críticas há, inclusive sobre a ausência do filtro da representação adequada. Além de procurar refutar a necessidade de importação de um instituto que, embora essencial às *class actions* americanas, não faz muito sentido no panorama das ações coletivas no Brasil, o capítulo apresenta a desenvoltura do Ministério Público em um caso crítico como o de Belo Monte e discorre sobre sua aptidão para coordenar medidas estruturais de solução de conflitos coletivos.

Sobre os acordos, tão comuns nas *class actions* e (ainda) tão incipientes na realidade coletiva brasileira, as críticas feitas por Owen Fiss na década de 80 em seu famoso artigo

*Against Settlement* serviram de referência para a discussão sobre as vantagens e desvantagens de os acordos orientarem a resolução dos conflitos.

Por fim, o último capítulo aborda as possibilidades do Ministério Público como valoroso protagonista de um sistema de justiça que procura corresponder às expectativas democráticas e, em razão de sua especial vocação para conduzir um processo estrutural de conhecimento e de acerto dos conflitos, como agente privilegiado na tutela dos bens comuns. Não há sentido, então em limitar suas possibilidades de promover um acordo a partir da inviolabilidade do *interesse público*, locução desgastada e cada vez mais distante do seu propósito de aumentar a proteção dos bens metaindividuais, como é o exemplo mais claro a pouca eficiência de um modelo de proteção ambiental calcado na indisponibilidade.

## Capítulo 1

### A Justiça

A noção de Justiça é uma ferramenta essencialmente humana, estabelecida como referencial apriorístico de uma ação adequada. Seu propósito precípuo é o de superar as regras naturais da força, da audácia ou da astúcia.

Para Aristóteles, assim como para Hobbes, o senso de justiça se desenvolveu a partir da linguagem<sup>1</sup>, porque com ela veio a capacidade de distinção entre o bem e o mal, entre o certo e o errado, o justo e o injusto<sup>2</sup>. De fato, para o caçador-coletor, isolado e preocupado com a sua sobrevivência diária, que exigia uma intensa, mas natural e ancestral, cooperação de seu pequeno grupo, não fazia muito sentido desenvolver um raciocínio mais profundo sobre noções de justiça, porque não haveria onde nem porque aplicá-las. A própria preocupação com a sobrevivência impunha um igualitarismo que se bastava para regular as relações do bando<sup>3</sup>. As aglomerações humanas que começaram a se formar a partir da Revolução Agrícola<sup>4</sup>, no entanto, mudaram drasticamente o panorama anterior, fazendo surgir conflitos inéditos aos quais a linguagem, que acompanhava, *pari passu*, esse lento processo de desenvolvimento humano, emprestou suficiente complexidade a exigir formulações mais elaboradas de controle das relações sociais.

Essas respostas foram sendo paulatinamente construídas dentro de realidades próprias à época, invariavelmente, ao menos até o Iluminismo, apelando ao divino como inspirador de justiça.

---

<sup>1</sup> Em termos antropológicos, no entanto, é possível sustentar que o desenvolvimento da linguagem tenha surgido como meio de aprimorar a justiça – *The importance of reciprocity in increasingly large groups created a growing pressure for the development of language not only because of the advantages of gossip but also because language permits and facilitates more complex and subtle exchanges*. JOYCE, Richard, *The Evolution of Morality*, Edição Kindle, MIT Press, Cambridge, MA, 2006, localização 1842.

<sup>2</sup> JOHNSTON, David, *Breve História da Justiça* 1ª. Ed., WMF Martins Fontes, São Paulo, 2018, 14-15.

<sup>3</sup> MOSELEY, Roger V., *Morality, a Natural History*, 1ª ed., Friesenpress, Altona, Manitoba, Canada, 2019, p. 360.

<sup>4</sup> HARARI, Yuval, Noah, *Sapiens, Uma breve história da humanidade*, 7ª Ed., L&PM, Porto Alegre, 2015, p. 109 e seguintes.

### *Para quem tem dúvida sobre as medidas de justiça*

O Código de Hamurabi foi a primeira ordem escrita que procurou compilar as regras que disciplinavam a vida social. No monolito no qual foi escrito, essa inspiração fica clara com a representação do deus-sol Šamaš, juiz do céu e da terra, entregando ao rei Hamurabi, o novo Código<sup>5</sup>.

A concepção de justiça do Código de Hamurabi é francamente retributiva e desigual, tanto em relação à classe social quanto em relação ao gênero. Se um homem causasse a perda do olho de um homem superior<sup>6</sup>, deveria ter seu olho arrancado. No entanto, se a vítima fosse comum, bastaria pagar 60 siclos de prata. Já no caso da filha de um homem comum que *morresse* em decorrência de um espancamento, a pena cairia pela metade, sendo 30 siclos de prata suficientes para satisfazer a justiça de Hamurabi<sup>7</sup>. Para os olhos de hoje soa abjeta essa discriminação e a quantificação da vida humana, contudo, não se pode negar que a codificação apresentou a um mundo brutalizado pela insipiência da convivência social e dos acúmulos materiais uma primeira noção de justiça regulamentada. A descrição minuciosa dos fatos traz a sombria percepção de que eles constituíam o cotidiano da sociedade, sendo provavelmente usual o abuso de gênero e de classe social na Babilônia de quase dois mil anos antes de Cristo. Também se percebe o pouco valor dado à vida humana em geral, porque a pena de morte é comum, inclusive às classes superiores, aplicando-se às mais diversas infrações, tais como rogar uma praga sem justificativa ou ameaçar uma testemunha<sup>8</sup>. Nessa toada, o reconhecimento do dever de indenizar mulheres, comuns e escravos, e ainda segundo uma lei que tinha inspiração divina, não deixa de representar o germen de uma resistência à liberdade absoluta do império da força bruta.

Mas há também cláusulas genéricas sobre a vida cotidiana, que demonstram a dificuldade de acerto voluntário em questões triviais, como a fixação do preço de armazenagem

---

<sup>5</sup> JOHNS, C.H.W.(tradutor), *The oldest code of laws in the world*, Edição Kindle, T&T Clark, Edinburgh, Escócia, 1903, p. 2.

<sup>6</sup> De acordo com o código, as pessoas estão divididas em três classes: os superiores(Awylum), os comuns(Muskênun) e os escravos(Wardum).

<sup>7</sup> JOHNS, C.H.W, *ibid.*, p. 34/35. As medidas de dinheiro que aparecem em inglês como “mina” e “sheckel” foram convertidas em siclos de prata, para melhor compreensão, conforme descrito em Sapiens, obra já citada, em suas páginas 114/115.

<sup>8</sup> §1 Se um homem rogar uma praga e enganar alguém sem justificativa, deve ser condenado à morte.

§3 Se um homem, em um julgamento, ameaçar testemunhas, ou não comprovar suas alegações, no caso desse julgamento levar a uma pena capital, deverá ser condenado à morte.

do milho<sup>9</sup>, o preço da construção de uma casa<sup>10</sup>, ou mesmo do tratamento veterinário de uma vaca ou de uma ovelha<sup>11</sup>. Cláusulas como estas apresentam um claro caráter educativo que denuncia uma certa dificuldade da população de compreender a própria ideia de retribuição justa, cabendo então ao rei/divindade, mesmo que de forma arbitrária, estabelecer um padrão de justiça que ainda não existia.

Sob esse ângulo, não há como se afastar a ideia de que a preocupação em garantir a equivalência entre o dano infligido e a resposta penal (respeitadas as divisões de classe e gênero), ou entre a prestação do serviço e seu pagamento, não vieram em resposta a uma expectativa geral de justiça, mas sim para disciplinar condutas em prol de uma estabilidade social.

Não se quer dizer com isso que faltasse à sociedade babilônica os mais básicos conceitos de moral que a habilitassem a distinguir o certo do errado<sup>12</sup>. O que se afirma é que o ineditismo das relações sociais, aliada à dependência de mitos, não a permitia espontaneamente criar expectativas a respeito da medida daquilo que poderia ser considerada uma resposta justa a um evento do cotidiano<sup>13</sup>. Em um ambiente assim, a arbitrariedade do legislador em definir o que é justo é facilmente aceita e assimilada. Mais do que isso, passa a corresponder à expectativa de justiça nutrida pela população.

---

<sup>9</sup> § 121 Se um homem armazenar milho na casa de outro homem, deverá pagar pela armazenagem o preço de um *gur* para cada cinco *ka* de milho por ano.

<sup>10</sup> § 228 Se um construtor construir uma casa para um homem e completá-la, deverá receber dois *shekels* de prata para cada *sar* de superfície.

<sup>11</sup> § 224 Se um veterinário de vaca ou de ovelha tratar ferimento grave nesses animais e eles se curarem, o proprietário deverá pagar honorários de um sexto a um *shekel* de prata.

<sup>12</sup> *Morality( by which I here mean the tendency to make moral judgements) exists in all human societies we have ever heard of. Moral precepts are mentioned in the Egyptian Book of the Dead and in the Mesopotamian epic of Gilgamesh. To the extent that trade implies a grasp of ownership, and ownership implies some kind of comprehension of rights, we find the physical traces of morality far back in the archaeological record, at least into the early Upper Paleolithic(Mellars 1995: 398-400), and perhaps far beyond(McBrearty and Brooks 2001). There is not a shred of evidence that morality( or trade in particular) is a de novo artifact of modern civilization that spread from one or more points of cultural invention. Rather, like language, it is ubiquitous and ancient.* JOYCE, Richard, *ibid.*, localização 2713.

<sup>13</sup> Lembrando que a reciprocidade direta é a forma mais primitiva de justiça. Ver novamente JOYCE, Richard, *op. cit.*, localização 491 e seguintes.

***Para quem tem dúvidas sobre como garantir a pólis***

Embora não se possa negar a influência que o Código de Hamurabi teve sobre o mundo antigo, a civilização grega não nasceu inspirada na retribuição arbitrária do rei babilônio. Mais do que isso, a noção formal de justiça não era foco de maior atenção, o que não quer dizer que a sociedade grega arcaica não fosse orientada por um senso de justiça. A vida social e econômica era extremamente simples, sem uma estratificação rígida de classes. As aldeias se encontravam espalhadas e não havia uma autoridade política centralizada. O *basileus* não passava de um chefe tribal que tinha de cultivar sua terra como qualquer outra pessoa da comunidade. Nesse ambiente, a realização da justiça era normalmente deixada ao alvitre do próprio ofendido, mesmo no caso de crimes e de crimes graves<sup>14</sup>. Nesta fase histórica, ao lado da simplicidade e da relativa igualdade entre seus componentes, os agrupamentos gregos se distinguiam pela especial importância que atribuíam à *areté*, a virtude de bem desempenhar as funções a que um indivíduo se destina<sup>15</sup>.

Não parece ser a mais adequada a visão que dá menor importância à justiça nesta fase do desenvolvimento grego. De fato, a ausência de referências formais de mecanismos de realização de justiça, em verdade, esconde a funcionalidade desses três mecanismos acima expostos – a simplicidade, a igualdade e a valorização da atividade desempenhada por cada integrante do grupo social – na prevenção de conflitos e, em última análise, no compromisso coletivo com a justiça nos relacionamentos sociais.

Na sequência evolutiva, Platão procura afastar a mera retribuição como medida de justiça para aumentar a sua dimensão e atribuí-la contornos de um mecanismo universal de aperfeiçoamento social. No entanto, como a desigualdade é ínsita à natureza humana, na visão platônica, as relações de justiça devem obrigatoriamente se dar de forma verticalizada, cabendo aos filósofos de maior discernimento a importante tarefa de orientar o homem comum no desenvolvimento de um senso de justiça que assegure a harmonia da *cidade*<sup>16</sup>. Além disso a

---

<sup>14</sup> “Quase sem exceção, o costume tomava o lugar da lei e a administração da justiça era privada. Até o homicídio premeditado só era punível pela família da vítima. Embora, na verdade, as disputas fossem às vezes submetidas à apreciação do *basileus*, em tais casos ele agia simplesmente como árbitro e não como juiz.” BURNS, Edward Mcnall, **História da Civilização Ocidental**, 30ª edição, Globo, Rio de Janeiro/RJ, 1988, p.92.

<sup>15</sup> Embora no período homérico, a *areté* estivesse intimamente ligada à arte da guerra, paulatinamente se estendeu a quaisquer outras atividades relevantes para a vida social, como se percebe na seguinte fala de Sócrates: “Mas nós negamos ao sapateiro o direito de exercer ao mesmo tempo o ofício de lavrador, tecelão ou pedreiro; obrigamolo a ser apenas sapateiro, para que os trabalhos de sapataria sejam bem executados; da mesma forma, atribuímos cada um dos artesãos um único ofício, aquele para o qual está habilitado por natureza, se quer tirar proveito das oportunidades a desempenhar bem a sua tarefa. PLATÃO, **A República**, Sapienza, São Paulo/SP, 2005, p. 71. <sup>16</sup> “A justiça só pode ser conhecida por intermédio da filosofia; esta, no entanto, afirma Platão na *República*, ‘é uma impossibilidade para a grande massa’.” KELSEN, Hans, **A ilusão da justiça**, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo/SP, 2000, p. 455.

concepção de justiça deve se afastar da esfera social já existente, contaminada pelas conveniências humanas e que impedem que se atinja o propósito de aprimoramento da sociedade.

Avança-se assim, em larga medida, em relação ao Código de Hamurabi, porque não é mais suficiente “o controle comportamental que pretenda simplesmente aplicar regras”<sup>16</sup>.

Aristóteles compartilhava com Platão a ideia da desigualdade natural, que determinava uma relação de comando e obediência<sup>18</sup>. No entanto, a seu ver, a oportunidade de participar do governo da *polis*, formada por uma comunidade de pessoas relativamente iguais, não pode ficar restrito a um pequeno grupo de pessoas. Além disso, para ele a justiça volta a ter um certo caráter retributivo, embora caracterizado por uma reciprocidade proporcional ou equilibrada da qual depende o bem-estar da *polis*. Nessa ideia de reciprocidade, a justiça para Aristóteles<sup>17</sup> assume um caráter teleológico, na medida em que cada bem tem uma finalidade que orienta sua distribuição e cada um tem direito a esse bem de acordo com o seu merecimento. Com isso pretende Aristóteles potencializar a utilidade de todos os bens em prol da sociedade. Então, em uma sociedade justa, a melhor flauta deve ser destinada ao melhor flautista<sup>18</sup>. Se essa justiça, denominada distributiva, no entanto, falhasse, entraria em cena a justiça corretiva, com o objetivo de restaurar o equilíbrio rompido, agora sem mais ter a preocupação de ponderar o valor ínsito da pessoa responsável pelo injusto, retornando, assim, a uma justiça retributiva simples em que “a magnitude da punição ou perda imposta àquele que comete um dano injusto deve ser em proporção ‘aritmética’ à (isto é, de valor igual) magnitude da perda ou dano infligidos por ele.”<sup>19</sup>

A elaboração e o refinamento trazido pelo pensamento de Platão e Aristóteles, entre tantos outros filósofos da Grécia Antiga, direcionou o sistema de justiça em prol da pólis<sup>20</sup>. A necessidade do fortalecimento do todo, circunstanciadamente delimitado em torno da cidade, é que passou a ditar a percepção de justiça.

---

<sup>16</sup> JOHNSTON, David, *ibid.*, 68. <sup>18</sup>

JOHNSTON, David, *ibid.*, 75.

<sup>17</sup> Aristóteles distingue a justiça total, que diz com a virtude que leva as pessoas a fazerem as coisas certas, da justiça parcial, relacionada aos benefícios e aos ônus que cada um recebe ou suporta em razão de sua condição pessoal. No que interessa a este tópico, a noção de justiça diz respeito à justiça parcial.

<sup>18</sup> SANDEL, Michael J., *Justiça – O que é fazer a coisa certa*, 34ª ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro/RJ, 2021, p. 234.

<sup>19</sup> JOHNSTON, David, *ibid.*, p. 92.

<sup>20</sup> “As sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções, e todas inúteis quando desarticuladas, semelhantes

### *Para quem tem dúvidas sobre a ordem*

As revoluções do pensamento que impulsionaram a Idade Moderna não conseguiram ocultar um grande ressentimento pela perda de oportunidades à humanidade nos mil anos anteriores<sup>21</sup>. Entre as gloriosas realizações da Grécia e Roma clássicas e o ímpeto da Idade Moderna, a Idade Média era vista pelos modernos como “um longo e melancólico período de interrupção”<sup>22</sup> da evolução humana.

Essa percepção tem contribuído a menosprezar o Medievo na compreensão da evolução do senso de justiça. Não parece ser este, no entanto, o melhor caminho.

A *ordem* foi o conceito que, por séculos, orientou a vida na sociedade medieval, servindo tanto a limitar o poder do governante quanto como instrumento de estabilidade social e política.

Nos precisos ensinamentos de Paolo Grossi, o direito, a partir da *ordem*, “representou ou constituiu a dimensão profunda e essencial da sociedade, uma base estável que se destacava do caráter caótico e mutável do cotidiano, isto é, dos eventos políticos e sociais do dia a dia...Uma ordem que não se deixa afetar pelos grandes ou pequenos episódios da história, pois se coloca além do poder político e de seus detentores, desvinculada das misérias do cotidiano, inserida no terreno profundo e seguro das radicações supremas, dos valores”<sup>23</sup>.

É bem possível que, numa tentativa apressada de tradução para um conceito positivista, a ordem não fosse vista de forma muito diversa da *Grundnorm* kelseniana. No entanto, as diferenças são enormes, valendo destacar apenas duas, especialmente sensíveis; (1) a ordem não

---

às mãos e aos pés que, uma vez separados do corpo, só conservam o nome e a aparência, sem a realidade, como uma mão de pedra. O mesmo ocorre com os membros da Cidade: nenhum pode bastar-se a si mesmo. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus, ou um bruto. Assim, a inclinação natural leva os homens a este gênero de sociedade.” ARISTÓTELES, **A Política**, 1ª ed., LeBooks, edição kindle, 2019, p.17.

<sup>21</sup> Em um conhecido ensaio de Kant de 1784, o filósofo alemão não poupa palavras ao descrever o iluminismo como a redenção do ser humano de um período em que a indecisão e a falta de coragem o impediram de pensar por si próprio e o levaram a ser conduzido por dogmas e fórmulas de autoridades políticas e religiosas. Ele utiliza reiteradas vezes a palavra *Unmündigkeit*, caracterizando o indivíduo que se mostra incapaz de atingir a compreensão senão através da condução por outro. - *Es ist also für jeden einzelnen Menschen schwer, sich aus der ihm beinahe zur Natur gewordenen Unmündigkeit herauszuarbeiten. Er hat sie sogar lieb gewonnen und ist vorderhand wirklich unfähig, sich seines eigenen Verstandes zu bedienen, weil man ihn niemals den Versuch davon machen ließ. Satzungen und Formeln, diese mechanischen Werkzeuge eines vernünftigen Gebrauchs oder vielmehr Mißbrauchs seiner Naturgaben, sind die Fußschellen einer immerwährenden Unmündigkeit.*

Extraído de [https://www.rosalux.de/fileadmin/rls\\_uploads/pdfs/159\\_kant.pdf](https://www.rosalux.de/fileadmin/rls_uploads/pdfs/159_kant.pdf), visualizado em 20.03.2022.

<sup>22</sup> BURNS, Edward Mcnall, *ibid.*, p. 199.

<sup>23</sup> GROSSI, Paolo, **A ordem jurídica medieval**, Martins Fontes, São Paulo/SP, 2014, p. 16.

exige a circularidade autorreferencial de validade e (2) a ordem não se adapta a rupturas institucionais. A ordem sabe muito bem de onde ela vem e não admite sua substituição por uma “nova” ordem. Desapegada do constitucionalismo e do direito puro, ela é orientada por experiências evolutivas e não por espasmos inovadores, que o positivismo tolera e aceita diante da *onipotência do legislador*.

Na Idade Média, “Para além das concepções reflectidas dos filósofos, a ideia de uma ordem objetiva e indisponível das coisas dominava o sentido da vida, as representações do mundo e da sociedade e as acções dos homens.”<sup>24</sup>

Conseguia ter tamanha abrangência e importância porque decorria de um movimento espontâneo, “que nasce das bases, de uma civilização que protege a si mesma da rebeldia da incandescência cotidiana, construindo para si essas autonomias, verdadeiros refúgios para indivíduos e grupos.”<sup>25</sup>

Estabelecida a ordem como premissa de estabilidade do ordenamento, “o direito nasce nos fatos da vida cotidiana e muitos destes fatos – sobretudo graças a sua duração no tempo – adquirem por si próprios uma carga normativa, sem que seja necessária a intervenção de um poder público para dar autoridade e garantir a obediência.”<sup>26</sup>

O respeito à complexidade da sociedade, muito em decorrência da ausência de um sujeito político forte, permitiu o desenvolvimento franco de um pluralismo jurídico que respeitava o direito consuetudinário construído a partir de tecidos relacionais. Vale salientar que a ideia de justiça não passava por interesses individuais, porque o que era relevante eram os interesses das diversas ordens (corpos, corporações) a que cada pessoa pertencia.

Assim, a noção de justiça aplicada no dia a dia das relações sociais, embora fosse avessa a pretensões puramente individuais, era pulverizada e de fácil apreensão porque construída de forma predominantemente coletiva. Os juristas medievais não eram vistos como legisladores, mas como prudentes peritos no escrutínio de ordens diferentes, que, enquanto buscavam compreender os arranjos naturais existentes, assumiam a natureza limitada de seus julgamentos e faziam o papel de mediadores entre os diversos sistemas normativos<sup>27</sup>. Por mais

---

<sup>24</sup> HESPANHA, António Manuel, **Imbecillitas, As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime**, UFMG, 2008, p. 28.

<sup>25</sup> GROSSI, Paolo, **A ordem...**, *ibid.*, p. 39.

<sup>26</sup> GROSSI, Paolo, **Direito entre poder e ordenamento**, Del Rey, Belo Horizonte/MG, 2010, p. 29.

<sup>27</sup> Ver a respeito HESPANHA em seu texto “Os juristas como couteiros: a ordem na Europa ocidental dos inícios da Idade Moderna” in HESPANHA, António Manuel. **A política perdida: ordem e governo antes da modernidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 243-266.

difícil que fosse a vida na Idade Média, as expectativas de justiça, dentro das circunstâncias e da realidade histórica da época, eram atendidas.

### ***Para quem tem dúvidas sobre como atingir a felicidade***

O protagonismo que Hobbes emprestou a “cada membro da comunidade” abriu as portas ao utilitarismo. A ideia de que o desejo humano tem a possibilidade de aperfeiçoar a sociedade através de suas ações rompeu com o determinismo que orientava as relações sociais. Na visão iluminista que se seguiu, o acordo inicial hobbesiano não poderia se limitar à mera proteção e garantia da paz, devendo também permitir que cada um buscasse a sua própria felicidade. A satisfação pessoal, no entanto, não seria possível sem um aumento exponencial da produção de riqueza. A felicidade do sujeito dependia dessa riqueza, e, para isso, era necessária uma estrutura estável e legalmente ordenada que diminuísse as surpresas que pudessem perturbar a maior criação de bens. O conceito de *utilidade pública*, definido mesmo como fonte de justiça<sup>28</sup>, era essencial a garantir o aumento da produtividade das sociedades humanas, e consequentemente, garantir a felicidade.

Havia uma razão muito clara para os utilitaristas se preocuparem com a garantia dos meios de produção, vinculando-a à felicidade. A fome era onipresente no cotidiano europeu<sup>29</sup>. Por muito tempo, um prato de comida era a medida mais clara de felicidade para grande parte da população. Com a evolução agrícola experimentada no século XVIII, a diminuição da carência de alimentos tornou possível estabelecer a felicidade como objetivo da justiça. Evidente que a ideia utilitarista de satisfação pessoal não se limitava à alimentação, tendo importantes reflexos inclusive no sistema de penas<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Para David Hume, um precursor do utilitarismo, “ a utilidade pública é a única fonte de justiça, ... (sendo) as considerações sobre as consequências benéficas dessa virtude (...) o único fundamento de seu mérito”. JOHNSTON, David, *ibid.*, p. 149.

<sup>29</sup> “Provavelmente, o fato mais digno de destaque com relação à história econômica da Europa no século XVIII é que aos poucos os pobres deixaram de morrer de fome. Até mais ou menos 1700 cerca de metade de todos os camponeses podia esperar ver algum parente próximo morrer à míngua de alimento a cada dez anos aproximadamente. Com frequência, ao sobrevirem as fomes periódicas, famílias inteiras eram dizimadas.” BURNS, Edward Mcnall, *ibid.*, p. 420.

<sup>30</sup> *E per giustizia io non intendo altro che il vincolo necessario per tenere uniti gl'interesse particolari, che senz'esso si scioglierebbono nell'antico stato d'insociabilità; tutte le pene che oltrepassano la necessità di conservare questo vincolo sono ingiuste di lor natura. Bisogna guardarsi di non attaccare a questa parola giustizia l'idea di qualche cosa di reale, come di una forza fisica, o di un essere esistente; ella è una semplice maniera de*

Embora pareça representar uma solução até certo ponto milagrosa na tentativa de simplificar o conceito de justiça, não se pode deixar de notar que o foco na felicidade traz alguns contornos perigosos.

Para Rawls, “A característica surpreendente da visão utilitarista da justiça reside no fato de que não importa, exceto indiretamente, o modo como essa soma de satisfações se distribui entre os indivíduos assim como não importa, exceto indiretamente, o modo como o homem distribui suas satisfações ao longo do tempo.”<sup>31</sup> Assim, embora pregue a felicidade como fim último da justiça, o utilitarismo não demonstra especial preocupação com casos particulares, sendo aceitável até que a infelicidade de alguns pavidamente o caminho para atingir a finalidade útil da sociedade, como bem aponta Michael Sandel<sup>34</sup>.

### ***Para quem tem dúvidas sobre como dar uma lição de moral***

De fato, a formulação utilitarista, dissociada de seu propósito econômico e circunstancial, não parece ter maior apelo como uma expectativa razoável de justiça. A mera busca da felicidade, que não esteja ligada à sobrevivência e a um projeto de aumento da riqueza em geral, que era a tônica nos setecentos, não consegue transmitir qualquer referência para a solução, ou mesmo para a prevenção, dos conflitos. Se a justiça se faz através da felicidade, dificilmente seu objetivo será atingido em relação à parte que não tem razão na causa. Mais do que isso, basear a ideia de justiça em uma determinada concepção de felicidade (como a concepção da maioria, por exemplo) pode tornar legítima a opressão de grupos menores. Falta claramente um conteúdo moral a essa justiça baseada no subjetivismo da satisfação pessoal.

Kant exige algo mais do ser humano. Para ele, é a razão que deve comandar a vontade e não os impulsos momentâneos de prazer. No entanto, para que a razão se imponha, é necessária a autonomia do pensamento, o que ocorre não a partir de uma inclinação (*Neigung*), mas a partir de um dever (*Pflicht*) construído internamente, sem a influência de causas

---

*concepire degli uomini, maniera che influisce infinitamente sulla felicità di ciascuno;...*” BECCARIA, Cesare, *Dei delitti e delle pene*, Aonia Edizioni, Raleigh, NC/USA, 2020, p. 8.

<sup>31</sup> RAWLS, John, **Uma teoria da justiça**, 1ª ed., 2ª tiragem, Martins Fontes, São Paulo/SP, 2000, p. 27-28. <sup>34</sup> “A vulnerabilidade mais flagrante do utilitarismo, muitos argumentam, é que ele não consegue respeitar os direitos individuais. Ao considerar apenas a soma das satisfações, pode ser muito cruel com o indivíduo isolado. Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais. E isso significa que a lógica utilitarista, se aplicada de forma consistente, poderia sancionar a violação do que consideramos normas fundamentais da decência e do respeito no trato humano,” SANDEL, Michael J., op.cit., p. 51.

externas<sup>32</sup>. A partir daí é que se torna possível atingir plenamente a liberdade<sup>33</sup>. Esse é o sentido da moralidade kantiana, que deve ser compreendida em um exercício da razão prática (*praktischen Vernunft*)<sup>34</sup>. O valor intrínseco de uma ação humana não depende do objetivo que ela atinge, mas do motivo que a faz atingir esse objetivo. Então, para Kant, não pode ser considerada justa, porque não possui valor moral, uma decisão que reconheça o direito de A sobre B, se essa decisão foi tomada a partir da amizade do juiz com A, ainda que fosse evidente a ausência de qualquer fundamento razoável a amparar a posição de B no conflito.

Para garantir uma formulação pura da razão, Kant distingue os imperativos categóricos (*kategorische Imperativ*) dos hipotéticos (*hypothetische Imperativ*). Para os hipotéticos, a ação em relação a alguém pode ter uma intenção possivelmente boa, ou realmente boa. No primeiro caso, o princípio é problemático, no segundo, prático-assertivo. No caso dos imperativos categóricos, a razão que determina a ação não tem relação com a sua finalidade, porque a ação deve ser considerada boa por si mesma<sup>35</sup>.

A abstração da finalidade das ações não é algo intuitivo. Ao contrário, a regra é a de que toda ação humana seja voltada a determinado fim. Não é por outra razão que os imperativos categóricos surgem como premissas morais que se sobrepõem, e mesmo suprimem, a finalidades pretendidas com determinado comportamento. Daí a necessidade de se constituírem máximas que possam ser aplicadas universalmente. Desse modo, para o filósofo prussiano, a ação deve ser orientada por um princípio que, na visão de quem a pratica, possa ser considerado uma lei universal. Além disso, as pessoas, e não os objetos da vontade, é que devem orientar qualquer ação humana.

A expectativa de justiça kantiana se vê então revestida de um profundo teor ético em que a virtude moral (*Tugend*), e não a busca pela felicidade, define a solução satisfatória de um conflito.

---

<sup>32</sup> „...da hebt der Wert des Charakters an, der moralisch und ohne alle Vergleichung der höchste ist, nämlich daß er wohlthue, nicht aus Neigung, sondern aus Pflicht.“ KANT, Immanuel, **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**, Jazzybee Verlag Jürgen Beck, Altenmünster, p. 18.

<sup>33</sup> „Der Begriff der Freiheit ist der Schlüssel zur Erklärung der Autonomie des Willens. – Der Wille ist eine Art von Kausalität lebender Wesen, so fern sie vernünftig sind, und Freiheit würde diejenige Eigenschaft dieser Kausalität sein, da sie unabhängig von fremden sie bestimmenden Ursache wirken sein kann; so wie Naturnotwendigkeit die Eigenschaft der Kausalität aller vernunftlosen Wesen, durch den Einfluß fremder Ursachen zur Tätigkeit bestimmt zu werden.“ KANT, Immanuel, *ibid.*, p. 76

<sup>34</sup> Essa razão prática para Kant deve ser pura (*reine praktische Vernunft*) porque seus mandamentos são estabelecidos de forma *a priori*, excluindo-se quaisquer objetivos empíricos.

<sup>35</sup> KANT, Immanuel, *ibid.*, p. 37

*Para quem tem dúvidas sobre um julgamento justo*

Quando Kant discorre sobre a ética que deve orientar a ação<sup>36</sup>, ele procura estabelecer como seu pressuposto a autonomia, em contraposição à heteronomia, porque se essa ação fosse voltada a alguma finalidade, não se conseguiria chegar à razão, que é o pressuposto da liberdade. Se a vontade é condicionada por algum interesse ou desejo, ela nos impede de sermos livres<sup>40</sup>.

John Rawls, ao analisar as ideias kantianas, sugere um expressivo *véu da ignorância* que tem por objetivo garantir que as partes cheguem “às suas escolhas em conjunto, na condição de pessoas racionais iguais e livres, sabendo apenas da existência daquelas circunstâncias que originam a necessidade de princípios de justiça.”<sup>37</sup>

Se em Kant fica clara a preocupação com o “método produtivo” da racionalidade, porque ele é fundamental no reconhecimento de uma ética hábil a produzir princípios aceitáveis universalmente, Rawls deixa muito mais explícita a dificuldade humana de se desprender do utilitarismo, que insiste em orientar as ações a um fim que lhe traga proveito. Por isso, um acordo hipotético destinado a regulamentar as relações sociais e promover o senso de justiça, deveria garantir a necessária posição original de equidade. Isso só ocorre quando as pessoas agem de acordo com princípios de justiça em que “suas ações não dependem das contingências naturais ou sociais, tampouco refletem a tendência resultante da especificidade de seu projeto de vida ou as aspirações que as motivam.”<sup>38</sup> No entanto, Rawls não chega a afastar o *interesse*. Na verdade o pressupõe, na medida em que acredita que o estado de ignorância levaria a princípios moderados por ser a única decisão racional possível para evitar um prejuízo futuro<sup>39</sup>. Não sabendo, de fato, quem são, é interesse de todos os que participam do acordo evitar qualquer opção que possa eventualmente prejudicar excessivamente uma das partes. Por isso, acredita Rawls que dois princípios emergiriam desse acordo hipotético – a garantia das mesmas liberdades básicas a todos e a garantia de uma equidade social e econômica<sup>40</sup>.

---

<sup>36</sup> No desenvolvimento de seu raciocínio, Kant apresenta duas leis (*Gesetz*), uma é a lei da natureza e a outra é a da liberdade. O conhecimento da primeira se chama Física, a outra é a Ética. KANT, Immanuel, *ibid.*, p. 3. <sup>40</sup> “Outra forma de abordar esse ponto é dizer que a moralidade não é empírica. Ela mantém certa distância do mundo. Ela faz um julgamento do mundo. A ciência não é capaz, apesar de todo o seu poder e discernimento, de se ocupar das questões morais, porque atua no domínio do sensível.” SANDEL, Michael, *ibid.*, p. 161.

<sup>37</sup> RAWLS, John, *ibid.*, p. 276

<sup>38</sup> RAWLS, John, *ibid.*, p. 277

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald, **Levando os direitos a sério**, 3ª edição, 6ª tiragem, WMF Martins Fontes, São Paulo/SP, 2020, p. 241.

<sup>40</sup> Embora não seja objeto do presente estudo as noções de justiça em seu âmbito social e econômico, vale trazer a noção do *princípio da diferença*, que orienta essa perspectiva econômico-social em Rawls e segundo o qual as desigualdades sociais e econômicas só têm sentido se beneficiarem os integrantes menos favorecidos da sociedade.

Essa igualdade se mostra fundamental a qualquer compreensão contemporânea de justiça<sup>41</sup>. Para o professor de Harvard, os princípios de justiça que servem à estrutura básica de uma sociedade são “conceitualmente diferentes das normas de justiça aplicadas a simples relações bilaterais entre pessoas.”<sup>42</sup> Percebe-se um refinamento das ideias de Kant, com uma nítida evolução das expectativas de justiça.

Assim, transposto para as expectativas de justiça, o *véu da ignorância* comporta um singular exercício de verificação de adequação da resposta dada a um determinado conflito de interesses. Embora pareça difícil, senão impossível, afastar-se do envolvimento inerente aos conflitos, a abstração da posição de parte, revestindo-se com um véu que não permita saber a posição que se ocupa na disputa, pode ajudar a compreender e aceitar como justa uma decisão desfavorável, ou, ainda, contribuir a uma composição satisfatória dos interesses das partes envolvidas no conflito.

---

Contra eventual insurgência dos mais afortunados, pondera Rawls: “...os mais favorecidos, quando consideram a questão a partir de uma perspectiva geral, reconhecem que o bem-estar de cada um depende de um esquema de cooperação social sem o qual ninguém teria uma vida satisfatória; reconhecem também que só podem esperar uma cooperação voluntária de todos se os termos do esquema forem razoáveis. Então consideram-se já compensados, como efetivamente estão, pelas vantagens às quais ninguém (inclusive eles próprios) tinha um direito prévio.” *ibid*, p. 110.

<sup>41</sup> Igualmente extrapola os fins do presente estudo, contudo, discussão mais aprofundada sobre seu projeto político de equalização social.

<sup>42</sup> JOHNSTON, David, *ibid.*, p. 269.

## Capítulo 2

### A democracia

Embora não pareça especialmente necessário dizer, a discussão que se apresentou no capítulo anterior jamais pretendeu desenvolver uma análise crítica do conteúdo da justiça em si, que era praticado em cada época, porque necessariamente preso às suas circunstâncias e contingências históricas<sup>43</sup>. Assim, não faz maior sentido criticar a visão que Aristóteles tinha sobre a escravidão<sup>44</sup>, mas sim analisar o desenvolvimento de um senso de justiça e de seu grau de identificação com o pensamento que se logrou difundir na população grega em geral. Então, ainda que para os olhos atuais soe bizarra qualquer ideia de justiça que não contemple a ampla igualdade, se a percepção geral na Grécia Antiga era a de que a discriminação em razão de classes ou de origem é justa, então se evidencia a correspondência entre o sistema de aplicação de justiça e a expectativa que se tem sobre o que deve ser considerado justo, seja por uma percepção inata, seja, como é o mais provável nesse exemplo citado, por um condicionamento decorrente das disciplinas legais impostas pelo poder.

Neste capítulo, a abordagem será diferente. Estamos no século XXI e o atual estágio da evolução social exige que a percepção de justiça seja examinada através de lentes que impeçam retrocessos e valorizem as conquistas do pensamento humano. Assim, não só não basta que a justiça deixe de ser moldada a partir da discriminação, como a sua realização passa a exigir políticas inclusivas. O desequilíbrio que ainda persiste em fustigar minorias deve ser considerado intrinsecamente injusto e não uma natural, e por isso aceitável, decorrência dos desajustes sociais. Aos direitos fundamentais, de importância consolidada na segunda metade do século XX, precisam ser agregadas de forma explícita, entre outros elementos significativos

---

<sup>43</sup> “Na tradição da reflexão sobre a justiça, são frequentes as vezes em que essa separação entre fórmula de contingência e critério de seleção é ignorada – sobretudo quando a justiça se apresenta como virtude e exige que aqueles a quem é atribuída a virtude também a realizem.” LUHMANN, Niklas, **O direito da sociedade**, Martins Fontes, São Paulo/SP, 2016, p. 296.

<sup>44</sup> “O conceito aristotélico de justiça distributiva pressupõe, por exemplo, uma sociedade estratificada na qual é irrefutável que os homens se diferenciem pelo nascimento em livres e não livres, assim como segundo seu estrato social. Se for possível partir daí, existirão diferentes critérios para designar aquilo que compete ao ser humano. Então formulações como *suum cuique*[a cada um o que é seu] adquirem sentido, pois o que corresponde a um ser humano não é o mesmo para todos. Se essa condição estrutural se perde, a fórmula de contingência é de novo remetida a uma situação abstrata quase meta-histórica, e nesse caso pareceria lógico buscar novos contatos – por exemplo, substituir a referência orientada para a posição pela orientada pelo sistema funcional.” LUHMANN, Niklas, *ibid.*, p. 299-300.

---

de uma democracia, a inviolabilidade absoluta dos direitos humanos, a defesa da preservação ambiental e uma eficácia igualitária da justiça criminal<sup>45</sup>.

Qualquer construção dogmática que não parta desses mínimos nega exponencialmente uma compreensão contemporânea e adequada de justiça<sup>46</sup>.

No entanto, pode-se ir além. Ao contrário do que foi visto no capítulo anterior, em que a regra ao longo da história foi uma elaboração vertical do conceito de justiça, o atual amadurecimento civilizatório permite transformar os conflitos de interesses, especialmente os conflitos que, em oportunidades de construção de um senso de justiça. Em outras palavras, o que se pretende é que as expectativas de justiça sejam satisfeitas de forma participativa a partir de uma inspiração essencialmente democrática.

### *A democracia moderna*

O Iluminismo que marcou o Século XVIII foi o elemento catalisador do pensamento humano que permitiu a elaboração teórica do Estado de Direito. Até então, sem maiores possibilidades de serem compreendidos senão por poucos, os arranjos construídos para disciplinar as aglomerações humanas não tinham maior pretensão senão a de apresentar, muitas vezes de forma modesta<sup>47</sup>, mecanismos de estabilização social, o que em algumas vezes poderia significar a fundamentação para o fortalecimento de um poder, ou de diversos poderes, e, em outras, para sua restrição. Os benefícios trazidos pela evolução política que paulatinamente acabaram atingindo a plebe, os servos e, depois, a burguesia, nada mais eram do que efeitos reflexos dos tensionamentos que definiram progressivamente o processo de transformação da

---

<sup>45</sup> “As classes populares, durante muito tempo, só tiveram contato com o sistema judicial pela via repressiva, como seus utilizadores forçados. Raramente o utilizaram como mobilizadores ativos. A questão da impunidade dos poderosos está inscrita na própria matriz do Estado liberal que, como se sabe não é um Estado democrático na sua origem. A igualdade formal de todos perante a lei não impede que as classes que estão no poder, sobretudo na cúpula do poder, não tenham direitos especiais, imunidades e prerrogativas que, nos casos mais caricaturais, configuram um autêntico direito à impunidade.” SANTOS, Boaventura de Sousa, **Para uma revolução democrática da justiça**, 3ª ed., Cortez, São Paulo/SP, 2011, p. 28.

<sup>46</sup> “Convém observar, todavia, que não se confunde o conteúdo mínimo com a proibição de retrocesso, pois esta alcança todo o conteúdo progressivamente atingido pelo direito fundamental, mesmo quando além do mínimo.” ROTHENBURG, Walter Claudius, *Direitos Sociais são Direitos Fundamentais: Simples assim*, Juspodium, Salvador, 2021, 244.

<sup>47</sup> O termo – modesto – é aqui utilizado em razão da menor complexidade que parece ser exigida de soluções que recorrem a fontes etéreas como razão última de uma estrutura de poder. Com Hobbes acaba essa simplificação.

organização romana para os Estados absolutistas, passando pelo longo período do pluralismo jurídico da Idade Média.

O Iluminismo é a época da razão e uma razão centrada no indivíduo<sup>48</sup>. No momento em que a criatura deixa de fazer parte de uma ordem superior que congrega “uma multidão de entidades individuais,” e que, por isso “tem o mérito da *pulchritudo*, da beleza; da beleza que reside no todo, na ordem que harmoniza e compõe em unidade.”<sup>49</sup>, surge o protagonismo do indivíduo que, rapidamente, destacado do coletivo, assume a condução das ideias da organização política.

Em um século revolucionário, a desigualdade e a injustiça<sup>50</sup>, especialmente aquelas decorrentes das estruturas de poder que até então haviam sido testadas empiricamente, eram os motores de mudanças que se gestavam nos privilegiados círculos intelectuais. Não é de surpreender, portanto, que, alimentadas por um forte jusnaturalismo, fossem retomadas as ideias da implantação de uma *democracia*, que, dentro do desenho clássico aristotélico, apresentava-se como o regime político mais promissor, não só pela pulverização do poder, mas também porque, embora conceitualmente fosse milenar, não deixava de ser algo de certa forma exótico no plano político do século XVIII, fornecendo, também por essa razão, um campo onírico para a idealização de um bom governo<sup>51</sup>.

Mas não só. Das estruturas conhecidas, a democracia talvez fosse o único caminho a tornar possível a subjetividade moderna idealizada pela vanguarda das Luzes, dando espaço para a concretização da experiência teórica que buscava a universalidade, a individualidade e a autonomia. A universalidade rejeitava o nacionalismo e o imperialismo, propondo uma ampla igualdade, independentemente de gênero, etnia ou fé professada. Na individualidade, cada

---

<sup>48</sup> “Um individualismo secular, racionalista e progressista dominava o pensamento ‘esclarecido’. Libertar o indivíduo das algemas que o agrilhavam era o seu principal objetivo: do tradicionalismo ignorante da Idade Média, que ainda lançava sua sombra pelo mundo, da superstição das igrejas (distintas da religião ‘racional’ ou ‘natural’), da irracionalidade que dividia os homens em uma hierarquia de patentes mais baixas e mais altas de acordo com o nascimento ou algum outro critério irrelevante.” HOBBSAWN, Eric, **A Era das revoluções, 1789-1848**, 19ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2005, p. 41-42.

<sup>49</sup> GROSSI, Paolo, **A ordem...**, *ibid.*, p. 94.

<sup>50</sup> “...nem todos podem ter o mesmo quinhão nas vantagens, embora todos tenham o mesmo direito a ele. Um direito tão legítimo é, portanto, rapidamente infringido por esse direito bárbaro de desigualdade chamado lei do mais forte, cujo uso parece confundir-nos com os animais e do qual mesmo assim é tão difícil não abusar. E, com isso a força dada pela natureza a certos homens, e que eles, sem dúvida, deveriam usar apenas para apoiar e proteger os fracos, é, pelo contrário, a origem da opressão destes últimos.” DIDEROT, Denis; D’ALEMBERT, Jean le Rond, **Enciclopédia, ou Dicionário razoado das ciências das artes e dos ofícios**, Vol. 1 Discurso Preliminar e outros textos, 1ª Ed. São Paulo, Editora UNESP, 2015, p. 55.

<sup>51</sup> Como fica claro nesta atualização do conceito de democracia que faz Jaucourt; “A virtude nas democracias é o amor às leis e à pátria: esse amor, exigindo uma renúncia de si, uma preferência contínua pelo interesse público sobre o próprio interesse, dá origem a todas as virtudes particulares, que não são nada mais do que essa preferência. Esse amor conduz aos bons costumes, e os bons costumes levam ao amor pela pátria.” Democracia (Direito político) in DIDEROT, Denis, D’ALEMBERT, *ibid.*, Vol.4, Política, p. 93.

pessoa deveria ser considerada por si mesma, sem a necessária relação com um grupo ou com uma ordem, elementos que, até então, haviam sido a referência de interesse para a comunidade política. Neste aspecto, tudo deveria se voltar para o indivíduo, que passava a ser o *centro das atenções sociais, políticas e jurídicas*<sup>52</sup>. A autonomia, por fim, é o meio pelo qual a liberdade se manifesta de forma concreta, não só no âmbito das liberdades civis, que era a primeira conquista a ser buscada, mas também através das liberdades políticas e econômicas.

No entanto, não havia condições socioantropológicas para se assimilar o alcance da democracia como a entendemos hoje. O dia a dia das pessoas ainda estava muito mais próximo da vida medieval<sup>53</sup> do que das elaboradas teorias que procuravam conceituar prospectivamente a realidade. E, nesse ambiente, para se atribuir o signo de “nova” à igualdade, bastou que ela superasse a antiquada identificação com direitos ancestrais, adquiridos com o nascimento.

Avançar mais do que isso esbarrava no receio de uma “tirania da maioria” (que, de certa forma se viu concretizada no período do Terror). A melhor fórmula encontrada então se desenvolveu a partir da liberdade-propriedade, binômio que acabou por orientar quem poderia ser incluído na noção de agentes participativos da esfera pública<sup>54</sup>. Assim, a condição de “igual”, para não ser pernicioso, deveria ser atribuída apenas aos proprietários, que, com as conquistas de patrimônio, demonstravam possuir maturidade inatingível aos demais<sup>55</sup>. Ademais, para os despossuídos não havia sentido na liberdade porque não poderiam nem ao menos dela desfrutar.

---

<sup>52</sup> FONSECA, Ricardo Marcelo, Sujeito e ..., *ibid.*, p. 24.

<sup>53</sup> Nas dificuldades da sobrevivência no campo, pouco espaço havia para outros tipos de preocupação. A respeito, esclarece Hobsbawm: “O mundo em 1789 era essencialmente rural e é impossível entendê-lo sem assimilar este fato fundamental...De fato, fora algumas áreas comerciais e industriais bastante desenvolvidas, seria muito difícil encontrar um grande Estado europeu no qual ao menos quatro de cada cinco habitantes não fossem camponeses.” HOBSBAWM, Eric, A Era das revoluções..., *ibid.*, p. 28.

<sup>54</sup> Entre tantos textos teóricos do século XVIII que defendiam a igualdade a partir da propriedade, vejamos a argumentação racional, e o receio de se dividir o poder com quem não fosse proprietário, desenvolvida por Benjamin Constant em seu livro *Principes de Politique: Dans nos sociétés actuelles, la naissance dans le pays, et la maturité de l'âge, ne suffisent point pour conférer aux hommes les qualités propres à l'exercice des droits de cité. Ceux que l'indigence retient dans une éternelle dépendance, et qu'elle condamne à des travaux journaliers, ne sont ni plus éclairés que des enfants, sur les affaires publiques, ni plus intéressés que des étrangers à une prospérité nationale, dont ils ne connaissent pas les éléments, et dont ils ne partagent qu'indirectement les avantages... Remarquez que le but nécessaire des non-propriétaires, est d'arriver à la propriété : tous les moyens que vous leur donnerez, ils les emploieront dans ce but. Si à la liberté de facultés et d'industrie que vous leur devez, vous joignez les droits politiques que vous ne leur devez pas, ces droits dans les mains du plus grand nombre, serviront infailliblement à envahir la propriété. Ils y marcheront par cette route irrégulière, au lieu de suivre la route naturelle, le travail : ce sera pour eux une source de corruption, pour l'état une source de désordres.* Edição Kindle, Posição 779 - 815.

<sup>55</sup> Sieyès desloca um pouco o foco da propriedade, discorrendo sobre os cidadãos ativos, aqueles que efetivamente têm condições de contribuir financeiramente com a nação francesa. v. COSTA, Pietro, **Poucos, muitos, todos – Lições de História da Democracia**, Curitiba, Editora UFPR, 2012, p. 174-175.

Em verdade, a propalada igualdade democrática não foi muito mais do que uma boa razão teórica utilizada enquanto se mostrou útil à construção da liberdade<sup>56</sup>, para logo em seguida ser descartada pela ameaça que representava aos direitos fundamentais<sup>57</sup>.

Não só isso, o século XIX não recebeu com tranquilidade a metafísica jusnaturalista que uma vez havia servido à igualdade. Em um ambiente de reflexão sobre as experiências traumáticas da Revolução Francesa ganharam corpo as ideias de Kant que propugnavam a passagem do “estado de natureza” ao “estado civil”. Um Estado deveria se constituir a partir de “uma constituição civil perfeitamente justa”, que se impunha ao soberano a fim de garantir a liberdade dos súditos<sup>58</sup>. E foi assim que surgiu a construção teórica do Estado de Direito, com a pretensão clara de “influenciar a relação entre Estado e indivíduo, introduzindo, a favor do sujeito, alguma limitação(‘jurídica’) do poder soberano.”<sup>59</sup> Na sequência, Kelsen procura resgatar a democracia no constitucionalismo positivista, buscando compatibilizá-la com a tutela dos direitos fundamentais através do controle a ser exercido pelo Judiciário. Um poder externo à tirania da maioria que poderia bem controlar os seus excessos.

O século XX, contudo, reforçou o receio aristotélico de desvirtuamento das ideias da democracia, evidenciando a facilidade de manipulação da “vontade do povo”. Embora não haja qualquer dúvida de que o nazismo nada tem a ver com a democracia, Hitler elegeu o *Volk* no lugar do indivíduo como instrumento de legitimação do *Führerstaat*, o que lhe serviu de fundamentação teórica para suprimir os direitos fundamentais. Mais do que isso, a fim de consagrar a *Artgleichheit*, uma igualdade baseada no sangue e na raça<sup>60</sup>, o ordenamento nacional-socialista promoveu a mais intensa desigualdade humana, em que o direito de viver se submetia à vontade potestativa do *Führer*, único apto a compreender os reais desejos do povo alemão. Não há muita dificuldade em se perceber que, a pretexto de se dar voz à comunidade do povo (*Volksgemeinschaft*) e de promover a igualdade (*Artgleichheit*), o Estado de Direito foi destruído e com ele quaisquer garantias de preservação dos direitos fundamentais. A mesma

<sup>56</sup> “Podemos afirmar que a luta pelos direitos pessoais foi estimulada pelo desejo dos afortunados, ou dos que esperavam ganhar da próxima vez, de manterem as dádivas da boa sorte sem a necessidade de um esforço custoso, incômodo e, pior de tudo, duvidoso e eternamente inconcluso de cair nas graças do soberano e manter seus favores.” BAUMAN, Zygmunt, **Tempos líquidos**, Rio de Janeiro, Zahar, 2007, p. 67.

<sup>57</sup> Para o rompimento da milenar estrutura aristocrática de poder, somente o deslocamento da soberania para o povo serviria a garantir os direitos fundamentais dos sujeitos. No entanto, esse poder dado ao povo era algo imprevisível que poderia ele mesmo levar à perda da liberdade. Por isso fazia todo sentido estabelecer limites claros à igualdade. Nos dizeres de Pietro Costa sintetizando o pensamento da época: “*A democracia não realiza os direitos, mas sim os subverte.*” COSTA, Pietro. **Soberania**,...*ibid.*, p. 247.

<sup>58</sup> COSTA, Pietro, **O Estado de Direito: uma introdução histórica**, in **O Estado de Direito, História, teoria, crítica**, Pietro Costa e Danilo Zolo(org.), Martins Fontes, São Paulo, 2006, p.114-115.

<sup>59</sup> COSTA, Pietro, **O Estado de Direito: uma introdução histórica**, in **O Estado de Direito, História**..., *ibid.*, p. 96-97.

<sup>60</sup> COSTA, Pietro, **O Estado de Direito: uma introdução histórica**, in **O Estado de Direito, História**..., *ibid.*, p.175.

estratégia de massificar a vontade do povo foi utilizada nos regimes comunistas, em que a intenção do proletariado, supostamente o real detentor do poder, somente poderia ser validada a partir dos filtros e interpretações operadas pelo partido ou pelo chefe do partido<sup>61</sup>, o que, de igual forma, serviu para afastar os direitos fundamentais. Nos totalitarismos, a supressão do indivíduo, supostamente em nome do todo, é um caminho necessário para a consolidação do regime.

Não se pode deixar de anotar, por outro lado, que os formatos de Estado de Direito que prevaleceram até praticamente a Segunda Guerra Mundial, ao tempo em que serviram para inserir definitivamente os conceitos de direitos fundamentais no palco jurídico, permitiram as mais variadas discriminações, que foram desde a supressão de qualquer participação política das mulheres até a convivência harmoniosa com a escravidão, passando pela destruição das culturas autóctones no Novo e no Novíssimo Mundo, além de protagonizar um colonialismo abusivo na África.

Os horrores da 2ª Guerra Mundial exigiram uma profunda reflexão sobre a falibilidade da formatação de um Estado de Direito voltada apenas aos homens proprietários como elemento de contenção do poder, uma vez que claramente havia se mostrado incapaz de prevenir a subversão dos mecanismos de salvaguarda idealizados com tanto esmero no século anterior<sup>68</sup>.

### *A democracia do pós-guerra.*

No imaginário ocidental do pós-guerra, era a democracia o requisito essencial para evitar a desgraça de um novo conflito mundial. Nações livres, que elegiam periodicamente seus governantes, demonstraram ter força suficiente para destruir o incrível poderio bélico daqueles países que haviam deixado de lado sua crença nas eleições para se fiar em projetos totalitários dos *condutores do povo*. Não surpreende, portanto, que a designação *democrático* passasse a

---

<sup>61</sup> LOSANO, Mário G., **Sistema e Estrutura no Direito, o Século XX**, vol. 2, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 202. <sup>68</sup> “Não faltaram, tanto na Itália como na Alemanha, aqueles que atribuíram às doutrinas jurídicas positivistas, que haviam conferido ao Estado o monopólio da produção jurídica, uma grande responsabilidade pelo totalitarismo, ou pelo menos pelo escasso espírito de resistência entre os homens de lei aos excessos da ditadura e das várias tentativas de justificá-la. Alguns consideraram o Estado totalitário até mesmo como a consequência natural do positivismo jurídico, o qual, não reconhecendo outro ordenamento senão o do Estado, tinha contribuído para o processo de formação do Estado moderno, desenvolvido através da progressiva supressão da autoridade das instituições inferiores.” BOBBIO, Norberto, **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**, São Paulo, UNESP, 2016, p. 41.

ser referência de um bom governo. Mas era uma democracia que não podia ser assim reconhecida senão em uma acepção muito restrita. Para grande parte dos países considerados democráticos bastavam eleições livres e regulares, para outros nem isso era exigido<sup>62</sup>. Por isso, não causava maior incômodo que a democracia americana aceitasse políticas racistas ou que o democrata De Gaulle voltasse ao poder para sufocar as intenções de independência da Argélia e, assim, perpetuar as políticas discriminatórias em relação aos argelinos árabes<sup>63</sup>. Não se pretende, por óbvio, minimizar a importância que a democracia no pós-guerra, ainda que parcial ou seletiva, desempenhou no desenvolvimento de *ciudades de homens bons*<sup>71</sup>, até porque foi ela que fincou as raízes da cultura democrática que se espalhou pelo mundo, especialmente a partir do último decênio do século XX<sup>64</sup>. Mas é importante compreender que a democracia contemporânea surgiu dentro do formato de um Estado de Direito que não abre mão da sua origem – o individualismo da liberdade-propriedade, que sempre viu na igualdade sua nêmesis<sup>65</sup>.

Por isso, volta a ganhar corpo a tentadora simplificação da igualdade que se satisfaz com o direito ao voto. E, se todos podem votar, então deve fazer parte das regras do jogo que os perdedores se submetam à vontade dos vencedores.

Muito já se falou sobre a vontade tirânica da maioria<sup>66</sup>, mas, ao menos no período pós-guerra de que estamos tratando, e em regimes democráticos sérios, dificilmente ela se fez sentir. É verdade, contudo, que em períodos de intensa polarização como os que estão a marcar o mundo no segundo decênio do século XXI não parece muito difícil que as eleições deixem de

---

<sup>62</sup> Como foi o caso da DDR- Deutsche **Demokratische** Republik, e como até hoje ainda se vê a manipulação impudente do conceito para se dar uma roupagem moderna a regimes anacrônicos. Não é porque a República Popular Democrática da Coreia assim se denomina que se pode ver nesse país algum resquício de República ou de Democracia.

<sup>63</sup> E, depois, diante da impossibilidade de manutenção da colônia, De Gaulle se vale do plebiscito, um instrumento eminentemente democrático, para conceder a independência à nação africana. Ver a respeito a excelente obra de Tony Judt – Pós Guerra, **Uma história da Europa desde 1945**, Rio de Janeiro, Objetiva, 2008, p. 293 e seguintes.

<sup>71</sup> É proposital a lembrança de A República de Platão.

<sup>64</sup> A menção ao último decênio não pretende ignorar o “Momento Socialdemocrata”, que tomou conta da Europa nos anos 60/70, e se caracterizou pela ampliação dos benefícios sociais concedidos à população. Mas não parece adequado reduzir democracia a socialismo, que se orienta normalmente pelos aspectos econômicos da igualdade. É preciso, portanto, discordar, ainda que em parte, de Bobbio, quando afirma que “A única resposta que tenho condições de dar é que socialismo, em todas as suas diferentes e contrastantes encarnações, significa, antes de tudo, uma coisa: *mais igualdade*.” BOBBIO, Norberto, **As ideologias e o poder em crise**, 4ª ed., Brasília, Editora UNB, 1999, p. 39.

<sup>65</sup> “Assim como a cultura europeia medieval não conseguiu conciliar o código de cavalaria e o cristianismo, o mundo moderno não consegue conciliar liberdade e igualdade.” HARARI, Yuval Noah, Sapiens – **Uma breve... ibid.**, p. 173.

<sup>66</sup> “O domínio da maioria, característico da democracia, distingue-se de qualquer outro tipo de domínio não só porque, seguindo a sua essência mais íntima, pressupõe por definição uma oposição – a minoria – mas também porque reconhece politicamente tal oposição e a protege com os direitos e liberdades fundamentais.” KELSEN, Hans, **A democracia**, 3ª ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019, p. 106.

ser o método encontrado para viabilizar a alternância e o aprimoramento do governo para se constituírem no apossamento do governo pela maioria vencedora. A eleição, desvinculada dos demais princípios que caracterizam uma democracia, dá ao governo a impressão de que tudo pode. E os eleitores que venceram tendem a acreditar nesse superpoder<sup>67</sup>.

E não se coloca em questão a existência de eleições livres e periódicas como marco primeiro de um regime democrático. Mas não faz jus à dolorosa história de estruturação de sistemas políticos definir a democracia do século XXI somente a partir da legitimidade eleitoral. Democracia é muito mais.

### *A democracia do voto*

Uma democracia calcada exclusivamente no voto é caolha e normalmente utilizada apenas de vetor a um populismo interesseiro. A verdadeira democracia, para muito além das eleições, deve estabelecer sua base em instituições sólidas que compreendam e respeitem os seus valores mais caros e entre eles, como já se adiantou, as conquistas civilizatórias.

A título de exemplo sobre a força que deve assumir a evolução civilizacional em uma democracia, se a pena de morte representa um *minus* civilizatório em relação a outros tipos de repressão penal, uma vez abolida, não é mais possível restabelecê-la ainda que se trate de decisão pretensamente extraída da vontade popular<sup>68</sup>. Nas palavras de Sarlet e Fensterseifer, citando Häberle, há “ ‘uma garantia cultural do *status quo*’ que aponta para determinados conteúdos irrenunciáveis para o Estado Constitucional, ou seja, conquistas levadas a cabo ao longo da caminhada histórica da humanidade e consolidadas no seu patrimônio jurídico-político fundamental não podem ser submetidas a um retrocesso, de modo a fragilizar a tutela da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, mas, pelo contrário, objetivam a continuidade do projeto da modernidade no sentido de elevar cada vez mais o *espírito humano*”<sup>77</sup>. Tratando especificamente da realidade brasileira, Ricardo Tatsch sentencia; “...para sermos uma sociedade livre, justa e solidária, garantirmos o desenvolvimento nacional e erradicarmos a pobreza e a marginalização e reduzirmos as desigualdades sociais e regionais,

<sup>67</sup> Essa redução simplista faz lembrar James Bovard em seu livro *The Destruction of American Liberty*, “a democracia deve ser algo mais do que dois lobos e uma ovelha decidindo o que será servido no jantar.

<sup>68</sup> Não foi o que aconteceu nos Estados Unidos em que a Suprema Corte entendeu inconstitucional a pena de morte em 1972, ao julgar o caso *Furman v. Georgia*, para retomá-la em 1976 no julgamento do caso *Gregg v. Georgia*.

<sup>77</sup> HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidade: 1789 como historia actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, 87, citado por SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, **Direito Constitucional Ecológico**, 6ª ed., São Paulo, Thompson Reuters, 2019, p. 402.

objetivos da República brasileira previstos na Constituição de 1988, não será possível com a eliminação ou a redução de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. É fácil se constatar, assim, que o princípio da proibição de retrocesso também pode ser considerado como a outra face dos objetivos contidos nos incisos II e III do art. 3º da Carta de 1988.”<sup>69</sup>

O equívoco dessa proeminência excludente que o voto tem ocupado na conceituação da democracia traz um primeiro efeito imediato de atribuir um papel coadjuvante. Deixou de ser desinteressada essa construção teórica na medida em que tem sido utilizada pelo eleito para justificar uma superioridade ôntica extraída da união das urnas. Por isso é fundamental enfatizar que tão importante quanto as eleições periódicas que permitem a alternância do poder é a livre crítica e o controle institucional das ações do governo. Governar sem peias é um caminho certo para transformar a mais consolidada democracia em uma conspícua ditadura.

Para evitar uma debacle da democracia, todo o *ambiente* do Estado deve ser pensado e voltado para a valorização constante das ideias democráticas ainda que isso implique certa limitação às vontades dos eleitos.

Nessa disputa entre a legitimidade popular e as demais instituições da democracia, caberia abrir dois tópicos essenciais; de um lado a necessidade de se garantir um pluralismo de ideias, aí incluída necessariamente a imprensa livre e, de outro, a importância das instituições de Estado. Para o presente estudo, todavia, a discussão se limitará a esse último.

A complexidade do Estado contemporâneo, a quem a Constituição atribui diversas funções de controle, integração social e proteção, levou a um emaranhado de agências, órgãos e instituições voltadas a torná-lo positivamente funcional. O *estado administrativo* precisa se ocupar da limitação da autonomia privada quando ela pode se mostrar perniciososa à coletividade, precisa regular a atividade econômico-social, fomentar iniciativas que levem a um incremento no desempenho econômico do país e até mesmo explorar diretamente atividades econômicas<sup>70</sup>. No exercício dessas atividades, é fundamental que um mínimo programático não se sujeite aos humores temporários dos órgãos eleitos, evitando que os seus propósitos sejam apossados e, eventualmente, desvirtuados por pautas alheias aos compromissos democráticos e republicanos<sup>71</sup>.

---

<sup>69</sup> TATSCH, Ricardo Luís Lenz, **O princípio de retrocesso social na Constituição Brasileira: sede material aplicação e limites**, Editora Fundação Fênix, Porto Alegre, 2021, p.85

<sup>70</sup> “ Vivemos hoje, principalmente na Europa e nas Américas, em democracias. Esta foi a grande conquista política do século XX. Ora, em um regime democrático a restrição ou a lógica econômica não pode ser soberana. Será sempre importantíssima, mas a restrição democrática deverá prevalecer quando se trata de realizar ações coletivas por meio do Estado.” BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**, 2ª ed., Editora 34, São Paulo/SP, 2011, p.152.

<sup>71</sup> A respeito Marçal Justen Filho, com a perspicácia que lhe é natural, demonstra quão imbricados estão os conceitos de república e democracia: “Na teoria do Estado, *democracia e república* são conceitos inconfundíveis.

Neste aspecto, é preciso reconhecer uma forma sorrateira de solapar a democracia utilizando-se da legitimidade do voto para reconfigurar o Estado a fim de o moldar às suas conveniências pessoais<sup>72</sup>. A escolha de agentes públicos a partir de critérios que buscam exclusivamente contemplar amizades ou demonstrações de fidelidade incondicional acaba por levar a postos-chave pessoas sem maior habilidade e de limitado tirocínio que contribuem, às vezes intencionalmente, às vezes como resultado da sua mais absoluta incompetência, a fragilizar instituições que, em um desenho clássico de democracia contemporânea, deveriam ocupar a linha de frente na defesa de seus ideais. De fato, quanto menor a qualificação, profissional ou pessoal, mais fácil é o desvio de um compromisso institucional.

Em um projeto totalitário, nem o próprio Judiciário (e nesta lógica também o Ministério Público, pela importância que ocupa na configuração do sistema de justiça brasileira) pode se dizer infenso a esse tipo de personalização perniciosa.

Por isso que um contexto de fragilização das instituições não pode ser ignorado se o que se pretende é discutir com franqueza as expectativas de uma justiça democrática. Há de se ter especial cautela, portanto, na análise das respostas do sistema de justiça que não contemplam os desejos dos órgãos eleitos, ou mesmo a eles se contrapõem. Quando qualquer crítica mais enfática àquilo que se denominou ativismo judicial pode ser apropriada por uma pauta que, de forma enrustida, leva à degradação institucional de importantes meios de salvaguarda da democracia, é preciso repensar certos dogmas acadêmicos que podem circunstancialmente contribuir, ainda que de forma involuntária, a enfraquecer a democracia.

---

... Mas a evolução civilizatória produziu a amálgama dessas duas concepções, sendo problemático diferenciá-las. As características da república e da democracia se entranharam, de modo que aludir a uma importa fazer referência à outra.” JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**, 13ª ed., São Paulo, Thomson Reuters Brasil, São Paulo/SP, 2018, p. 21.

<sup>72</sup> “De muitas maneiras, o presidente Trump seguiu o roteiro eleitoral autoritário durante o seu primeiro ano. Ele fez esforços para capturar os árbitros, tirar da partida jogadores importantes que pudessem detê-lo e inverter o

## Capítulo 3

### Os tribunais

Dentro de um desenho clássico de divisão de competências, a implementação de políticas públicas é definida quase que exclusivamente pela vontade do Executivo, com algum apoio no Legislativo, que estabelece os destinos do orçamento a partir de projetos que pretende desenvolver, com maior ou menor transparência, a depender do governo e a depender de seus objetivos e dos interesses que busca satisfazer. Abridadas no amplo guarda-chuva da discricionariedade administrativa, sejam boas ou sejam ruins, não há muitos caminhos para produzir nas decisões tomadas alguma referência democrática, além daquela extraída estritamente da votação popular<sup>73</sup>.

Dessas decisões o sistema judicial participa lateralmente, a partir de uma perspectiva essencialmente formalista de adequação e observância ao princípio da legalidade. Não se negue o rigor que a doutrina pretendeu conceituar a discricionariedade administrativa, justamente a possibilitar o controle das decisões tomadas na gestão da coisa pública<sup>74</sup>. No entanto, a amplitude do Estado social, a miríade de situações do cotidiano a demandar igualmente a atenção do administrador público e as mais diversas possibilidades de atender a essas demandas tornam irreal a imagem acadêmica da escolha de uma entre duas opções possíveis. As opções são tantas que sempre haverá uma adequada motivação para amparar esta ou aquela decisão administrativa.

Por outro lado, a densificação das ideias democráticas depende da avaliação política do Legislativo, com algum apoio no Executivo. Aqui parece mais óbvio, e por isso mais facilmente aceito, um controle de constitucionalidade que afaste leis que não se conformem aos ideais democráticos. Mas, mesmo neste caso, a expectativa, contemporânea, de justiça não parece mais se satisfazer com meros sins (a lei é constitucional) ou não (a lei não é

---

<sup>73</sup> Com algumas importantes iniciativas de reconhecimento da necessidade constante de identificação das ações estatais com as expectativas da população como foi o caso do Orçamento Participativo, adotado já em 1989 pelo Município de Porto Alegre/RS.

<sup>74</sup> Neste sentido Celso Antônio Bandeira de Mello: “Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**, 27ª. Ed., Malheiros, São Paulo, 2010, p. 973.

constitucional). O que se deve ter em conta é que a judicialização representa, em verdade, uma oportunidade especialmente valiosa para suprir o déficit de legitimidade do Estado e a crise de representação política na construção dos valores democráticos.

Nesse quadro, é razoável argumentar que é chegado o momento de se superar a preocupação, sempre exacerbada, de não se ingressar no *mérito* da decisão administrativa ou de se sobrepor à atividade do legislador. O que se pretende questionar é, em outras palavras, se ainda faz algum sentido, em uma estruturação do Estado voltada a ampliar os ideais democráticos, caracterizar os tribunais como participantes *exógenos*, sem qualquer outro objetivo senão o de *surrupiar* do Legislativo ou do Executivo a sua legitimação popular<sup>75</sup>. A essa dúvida a resposta que pode ser dada é a de que já passou da hora de se trilhar um caminho inverso – para além do necessário controle sobre os desvios praticados que possam colocar em risco a democracia, os Tribunais devem ser vistos como verdadeiros parceiros a aprimorar a concepção de Estado<sup>86</sup>, especialmente diante da posição privilegiada que ocupam e que lhes permite construir soluções de forma participativa a fim de oferecer como resultado de um conflito a *expansão* do grau de democracia<sup>87</sup>.

É evidente que não se advoga a mera substituição de discricionariedades – a discricionariedade que era do Legislativo ou do Executivo passa a ser exercida pelo Judiciário, mas sim a identificação no caso que está sendo analisado, e a partir da participação dos principais afetados pelo ato, do quanto aquela discricionariedade (inclusive a discricionariedade de não agir) corresponde às expectativas democráticas de justiça<sup>76</sup>.

---

<sup>75</sup> Essa percepção fica muito clara quando Alexander Bickel desenvolve o tópico sobre a dificuldade contramajoritária que enfrentam os tribunais. *...when the Supreme Court declares unconstitutional a legislative act or the action of an elected executive, it thwarts the will of representatives of the actual people of the here and now; it exercises control, not in behalf of the prevailing majority, but against it.* BICKEL, Alexander M., **The least dangerous branch – The Supreme Court at the Bar of Politics**, Yale University Press, 2<sup>nd</sup> Edition, 1986, p.16. <sup>86</sup> Não há aqui muita novidade, como aponta com precisão Clèmerson Merlin Clève: “A separação dos poderes constitui um dos pilares do constitucionalismo moderno, todos sabem. Porém, o princípio usualmente é apreendido exclusivamente em uma perspectiva negativa, como um meio de obstar interferências entre os poderes. Em outra perspectiva, Stephen Holmes demonstra que a percepção negativa da disciplina constitucional obscurece os propósitos positivos do desenho institucional. Resultaria útil, como corretivo da ideia convencional, conceber a separação de poderes também como uma forma de divisão de trabalho, da qual deriva uma distribuição e uma organização mais eficientes das funções governamentais.” CLÈVE, Clèmerson Merlin, **Governo democrático e jurisdição constitucional**, Fórum, Belo Horizonte/MG, 2016, p. 53. <sup>87</sup> “Pois este é o grande papel de um tribunal constitucional, do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro: proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático. Eventual atuação contramajoritária do Judiciário em defesa dos elementos essenciais da Constituição dar-se-á a favor e não contra a democracia.” BARROSO, Luis Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 9<sup>a</sup> ed. Saraiva Educação, São Paulo/SP, 2020, p.439

<sup>76</sup> A respeito, analisando a disposições políticas sobre os direitos fundamentais, ensina, com precisão, Walter Rothenburg; “A previsão de um direito como direito fundamental tem por escopo justamente retirá-lo da esfera de discricionariedade e atribuir-lhe a máxima cogência possível. A inscrição de determinados direitos fundamentais como direitos sociais não deve servir para devolvê-los inteiramente à arena incerta da discricionariedade política.” ROTHENBURG, Walter Claudius, op.cit., 110.

O receio, no entanto, de se alimentar um poder incontrolável que se sobreponha aos demais faz com que a polêmica siga de perto qualquer incursão mais ousada dos Tribunais nas esferas administrativa e legislativa<sup>77</sup>.

### **Uzuegbunam et alli v. Preczewski et alli**

Em março de 2021, a Suprema Corte americana, vencido apenas o seu Presidente, o *Justice Roberts*, decidiu ser cabível o julgamento pela Corte do caso **Uzuegbunam et alli v. Preczewski et alli**, *apesar do reconhecimento do pedido* pela parte ré. Em essência, o processo tratava do direito à livre expressão religiosa no interior do campus do *Georgia Gwinnett College*. O estudante C. Uzuegbunam foi impedido pela polícia do campus de distribuir textos de cunho religioso, sob o argumento de “perturbação da paz e/ou do conforto das pessoas”. Em razão dessa proibição, outro estudante, J. Bradford, da mesma religião de Uzuegbunam, sentiu-se também coibido de professar adequadamente sua fé, uma vez que parte importante dela seria compartilhar suas crenças com terceiros. A ação tinha por objetivo, portanto, o reconhecimento de que as políticas da universidade violavam o livre exercício da religião, garantido pela primeira emenda da Constituição Americana. Com o ingresso da ação, a universidade alterou sua política de restrição, permitindo aos estudantes a livre manifestação em qualquer lugar do campus e sobre qualquer assunto, sem precisar se submeterem a alguma autorização específica. Os autores concordaram que o objeto principal da ação fora atendido pela universidade, no entanto insistiram no seu trâmite a fim de que fosse acolhido judicialmente o pedido subsidiário de *nominal damages*<sup>78</sup>, que haviam arbitrado em um dólar. Tal pretensão foi rejeitada pela Corte Distrital e, posteriormente, pelo *Eleventh Circuit* das Cortes Federais de Apelação, que entendeu que, no caso específico, o pleito por *nominal damages* não garantia o interesse processual dos autores. Carecendo o pedido de um sentido prático, assumia um caráter consultivo, puramente

---

<sup>77</sup> Daí a importância salientada por Hermes Zaneti Júnior de “um modelo normativo de democracia baseado na institucionalização de procedimentos democráticos: condições de comunicação lastreadas na pretensão de correção, ou seja, na garantia de processos de formação das decisões que permitam identificar uma solução passível de justificação racional e de aceitação dessa racionalidade pelos participantes do discurso, que possa ser compreendida como justa.” ZANETI JÚNIOR, Hermes, **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**, 2a ed., Atlas, São Paulo/SP, 2014, p. 56.

<sup>78</sup> O conceito de *nominal damages*, próprio ao sistema americano, assume especial importância para a compreensão do caso, uma vez que é determinante na percepção da ausência de um efetivo litígio latente. Entende-se por *nominal damages* uma quantia simbólica, muitas vezes limitada a um dólar, que decorre do reconhecimento da violação do direito do autor que, todavia, não o habilita a *compensatory damages*, porque não veio acompanhada de alguma perda ou prejuízo mensurável. Ver a respeito [https://www.law.cornell.edu/wex/nominal\\_damages](https://www.law.cornell.edu/wex/nominal_damages), visualizado em 14/04/21.

acadêmico, e, por isso, incompatível com a função jurisdicional<sup>79</sup>. Submetida a questão à Suprema Corte, a decisão do Tribunal do décimo primeiro circuito foi revista. A maioria, seguindo o voto do *Justice* Thomas, entendeu persistir o interesse em um provimento jurisdicional. Analisando os três requisitos constitucionais; dano,nexo causal e a possibilidade de reparação desse dano, o *Justice* Thomas afastou qualquer dúvida sobre a presença dos dois primeiros. Quanto ao terceiro requisito, o magistrado considerou que os *nominal damages* podem também servir para uma reparação da violação constitucional mesmo que ela já tenha cessado e não haja mais qualquer risco de se repetir<sup>80</sup>. Nas palavras do *Justice* Thomas, *nominal damages* são concedidas como regra até que o autor se habilite a alguma outra forma de reparação, compensatória ou legal<sup>81</sup>. Não se trata, portanto, na visão que prevaleceu nesse julgamento, de uma mera compensação simbólica, mesmo porque o reconhecimento dos *nominal damages* pode servir a duas utilidades posteriores; instruir uma ação de *compensatory damages* e prevenir futuros comportamentos lesivos do autor. A partir dessa compreensão, houve a análise do mérito em si da ação para concluir pela violação dos direitos constitucionais de Uzuegbunam. No único voto divergente, o *Justice* Roberts concluiu pela perda de objeto da ação não só porque Uzuegbunam e Bradford não mais estudavam na universidade e as restrições não mais existiam, mas também porque os autores não alegaram qualquer dano atual. No seu voto criticou a decisão da Corte, salientando o avanço indevido sobre os demais poderes. Para ele, uma decisão onde não está presente o binômio *case-or-controversy* equivale a uma decisão consultiva, e não judicial, expandindo indevidamente o alcance do Poder Judiciário.

De fato, a característica mais própria ao Judiciário é a solução de conflitos. Essa é a sua gênese histórica e é o que, ainda hoje, poderia sintetizar em um mínimo de palavras sua principal função. Por isso a preocupação da decisão em buscar a *redressability*, ou, o que se aproximaria no direito brasileiro, ao interesse processual, que dificilmente pode ser visto na reparação simbólica que caracteriza os *nominal damages*.

Embora não haja maiores dúvidas de que a função jurisdicional tem importantes efeitos que ultrapassam o caso concreto, na medida em que deve sempre buscar a estabilidade e a

---

<sup>79</sup> Na forma do artigo III, Seção 2 da Constituição Americana, o poder judiciário é exercido para resolver casos e controvérsias atuais e não para situações hipotéticas, que não produzam efeitos sobre os direitos dos litigantes. A respeito da *doctrine of mootness*, utilizada pelo *Eleventh Circuit* e afastada pela Suprema Corte, ver <https://www.law.cornell.edu/constitution-conan/article-3/section-2/clause-1/mootness>, visualizado em 14/04/2021.

<sup>80</sup> No caso concreto, além de a parte ré haver alterado o regramento interno sobre a livre expressão religiosa, ambos os autores já haviam deixado a Universidade.

<sup>81</sup> Voto do *Justice* Thomas, Opinion of the Court, p. 9, [https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19968\\_8nj9.pdf](https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19968_8nj9.pdf), visualizado em 14/04/2021

confiabilidade da ordem jurídica como um todo<sup>82</sup>, parece fugir à sua atribuição funcional sugerir um litígio que jamais existiu. Pensar em *compensatory damages* sem que se tenha cogitado na propositura da ação em qualquer lesão que pudesse ser mensurada a ponto de justificar uma reparação, seja a título de danos morais, seja a título de danos efetivos, transfere ao Judiciário, e no caso à Suprema Corte Americana, uma clara função de um *legal advisor*, como bem destacado pelo voto vencido. A se seguir o conteúdo da decisão, a Corte se antecipa a um devido processo legal, indicando claramente uma posição favorável a uma das partes a partir de uma análise abstrata, sem maior conhecimento dos fatos, ao menos daqueles que poderiam levar à reparação material aventada. Buscando evitar essa crítica, o *Justice* Thomas vincula os *nominal damages* a um dano presumido que sempre se verifica a partir de qualquer violação aos direitos. No entanto, há uma distância muito grande entre o reconhecimento dessa presunção e a declaração de um direito a uma reparação financeira não requerida e talvez sequer imaginada pelo autor da ação. Por isso, o esforço argumentativo não tem outro propósito senão o de delimitar em contornos praticamente abstratos o direito constitucional de liberdade de expressão, aí incluída a religiosa. Essa preocupação em reafirmar que a decisão foi tomada a partir de um caso concreto, embora produza efeitos claramente abstratos, porque a causa em si já havia se dissolvido, é expressiva dos limites que o direito americano impõe às decisões judiciais.

Na obra clássica *The Least Dangerous Branch*, Alexander Bickel salienta que, cabendo ao judiciário o desenvolvimento e a aplicação dos princípios constitucionais, sua atuação deve estar delimitada por casos concretos que exemplifiquem as consequências das ações legislativas ou executivas. Somente dessa forma se habilita a Corte a testar e, eventualmente, desenvolver os princípios constitucionais. A respeito, ensina o professor de Yale:

*The concepts of “standing” and “case and controversy” tend to ensure this, and there are sound reasons, grounded not only in theory but in the judicial experience of centuries, here and elsewhere, for believing that the hard, confining, and yet enlarging context of a real controversy leads to sounder and more enduring judgements. “Every tendency to deal with constitutional questions abstractly,” Professor Felix Frankfurter wrote a generation ago, “to formulate them in terms of barren legal questions, leads to dialectics, to sterile conclusions unrelated to actualities.”*<sup>83</sup>

---

<sup>82</sup> MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, **Curso de Processo Civil**, vol 1, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2019, p. 181.

<sup>83</sup> BICKEL, Alexander M., *ibid.*, p. 115.

Não se pode deixar de assinalar que essa limitação de *standing* e de *case and controversy* está plenamente de acordo com a compreensão que Bickel expressa no sentido de que a invocação do poder judicial não pode ser utilizada senão como um último recurso<sup>84</sup>.

O próprio Bickel reconhece, no entanto, a superioridade do Judiciário no desenvolvimento e aplicação dos princípios constitucionais, justamente porque as Cortes podem analisar diante de um caso concreto as reais consequências das ações legislativas ou executivas<sup>85</sup>.

No entanto, a empolgação na crença de um Judiciário ativo em prol da democracia deve considerar, especialmente quando se inicia o terceiro decênio do século XXI em um ambiente exageradamente polarizado, que as impressões iniciais, inclinações e intuições dos Tribunais vão refletir a complexidade social e ideológica de um mundo tomado pela política e pela filosofia ou ideologia constitucional, especialmente diante de matérias de especial relevo político<sup>86</sup>. Além disso, a caixa de ferramentas dos Tribunais é diferente das do Congresso ou do Executivo, sendo capaz de auxiliar ou prejudicar políticas que favoreçam determinado grupo ou ideologia sob o manto pouco sindicável (pelos demais poderes) da técnica jurídica<sup>89</sup>.

### ***Entre o ativismo e a autocontenção***

A partir da revolução no mundo jurídico implementada nos Estados Unidos pela Corte de Earl Warren (1953-1969) surgiu o termo ativismo judicial<sup>87</sup> para criticar o que se denominou a captura da Suprema Corte por uma esquerda liberal que se mostrava incapaz de dar prosseguimento às suas reivindicações junto ao Congresso ou à Presidência. Com decisões que avançaram sobre as atribuições dos poderes legitimamente eleitos, a Suprema Corte teria demonstrado seu desprezo à democracia. Bons tribunais, nessa visão, são os que agem com contenção, respeitando o déficit democrático que não os permite substituir os órgãos legitimamente eleitos.

---

<sup>84</sup> *It is further supported, both in terms of the Marbury v. Madison syllogism and otherwise, by a reluctance to invoke the judicial power except in the last resort; that is, under compulsion of a case which no one else will decide.* BICKEL, Alexander M., *ibid.*, p. 117.

<sup>85</sup> BICKEL, Alexander M., *ibid.*, p. 115.

<sup>86</sup> TUSHNET, Mark, *Taking back the constitution, activist judges and the next age of American law*, 2020, Yale University Press, New Haven and London, p. 42-43. <sup>99</sup> TUSHNET, Mark, *ibid.*, p. 45.

<sup>87</sup> Para Barroso, no entanto, “o ativismo judicial precedeu a criação do termo e, nas suas origens, era essencialmente conservador.” BARROSO, Luis Roberto, *Curso de direito constitucional ...*, *ibid.*, p. 434.

Não deixa de ser especialmente interessante, no entanto, que a principal crítica ao ativismo judicial pretenda se situar no contexto de uma defesa enfática da democracia, enquanto que foram exatamente as decisões da Corte Warren que serviram de mola propulsora da ampliação da democracia nos Estados Unidos<sup>88</sup>.

Apenas para citar dois casos. Ao julgar o caso *Brown v. Board of Education of Topeka*(1954), que definiu o término da segregação racial, que era legalizada, regulamentada e imposta em 17 estados americanos, a Corte nada mais fez do que fortalecer a pedra angular da democracia, que é a igualdade de todos. No âmbito criminal, é dessa época o julgamento de *Miranda v. Arizona*( 1966), que estabeleceu novos padrões de investigação criminal, com foco na garantia dos direitos do investigado, em uma clara evolução civilizacional que superava métodos medievais de obtenção da prova e que em nada contribuíam a uma maior eficácia da persecução penal. Nestes dois exemplos, aos quais podem se somar diversos outros julgamentos, a indignação de parte do mundo jurídico não conseguia esconder um pensamento que se rebelava exatamente *contra* a ampliação da democracia.

A fim de combater o ativismo, reforçou-se a convicção de que a Constituição deveria ser interpretada em seus estritos termos, buscando uma volta romântica ao tempo em que a Constituição havia sido escrita a fim de se identificar de que forma as pessoas razoáveis vivendo naquela época interpretariam o texto constitucional<sup>89</sup>. O termo *originalismo* bem servia ao rigor jurídico pretendido pelo movimento dos conservadores americanos.

O que chama atenção é que hoje ninguém mais discute a validade da solução emprestada ao caso *Brown* (e mesmo o caso *Miranda*, embora possa haver alguma argumentação a respeito de seus efeitos práticos), que não só é aceita como fez dele um ícone do direito constitucional americano. Como não é possível, de um lado negar a sua importância e o acerto da decisão, e de outro encontrar na 14ª Emenda espaço para afastar a segregação nas escolas, os originalistas precisaram retoricamente afirmar que a 14ª Emenda<sup>90</sup>, se adequadamente interpretada, garante o princípio da equidade racial<sup>91</sup>. A partir desse exemplo

---

<sup>88</sup> A Corte Rehnquist, que sucedeu às Cortes Warren e Burger, deixou evidente o real objetivo da crítica. “O tipo de ativismo de Rehnquist se voltou para proteger governos estaduais contra demandas por direitos civis; agentes estaduais contra exigências regulatórias federais; donos de propriedade privada contra leis de proteção ambiental e brancos contra ações afirmativas.” Clève, Clémerson Merlin, **Governo democrático...** *ibid.*, p.53.

<sup>89</sup> *How Should judges interpret and apply the US Constitution, which in many important aspects is over 200 years old? America's founding fathers owned slaves, denied women most basic rights, and inhabited a world devoid of*

<sup>90</sup> No caso *Plessy v. Ferguson*, de 1896 a Suprema Corte, interpretando a exigência da 14ª Emenda de garantir *the equal protection of the laws*, considerou constitucional uma lei da Louisiana que determinava o fornecimento de vagões iguais, mas com acomodações separadas para brancos e negros. Todos estavam igualmente protegidos, desde que fosse garantida a segregação.

<sup>91</sup> STRAUSS, David A., *The Living Constitution*, Oxford University Press, New York/NY, 2010, p.78-79.

fica nítida a principal preocupação dos originalistas em garantir o *status quo*, não passando o textualismo de uma ferramenta encontrada para fundamentar decisões que, em sua maior parte, serviam a impor limites a um processo evolutivo do direito.

Na primeira onda dos originalistas, que surgiu em resposta à Corte Warren e ao início da Corte Burger, a contenção judicial era seu principal propósito<sup>92</sup>. Com a mudança promovida pelos governos republicanos de Ronald Reagan e George W. Bush no quadro de juízes, tanto na Suprema Corte quanto nas Cortes Federais, os originalistas assumiram uma postura mais agressiva, passando a defender pautas específicas, como o aumento da liberdade econômica e o direito às armas<sup>106</sup>. Os objetivos que eram até então dissimulados através da referência honrosa aos *Founding Fathers* passaram explicitamente a estabelecer premissas interpretativas que automaticamente se opunham a qualquer decisão que se mostrasse liberal (no sentido americano do termo). Assim, ao oferecer interpretações *prontas* da Constituição suprimiram os originalistas qualquer dúvida a respeito do seu objetivo de retomar o espaço que a evolução da compreensão do direito havia ocupado, sendo a *interpretação original* não muito mais do que um adjetivo que se agregava à decisão judicial que contemplava os interesses conservadores.

A *Justice* Elena Kagan, que afirmou em sua sabatina para assumir a Suprema Corte que *somos todos originalistas*<sup>93</sup>, traz um exemplo dessa cartilha naquilo que ela denominou *weaponization* da Primeira Emenda. O que deveria servir à consagração do direito fundamental às liberdades passou a ser utilizado como uma *arma* a favor de ideias conservadoras, como em casos de direitos do consumidor, em que são levantados problemas de constitucionalidade por ofensa à liberdade de expressão em pequenas exigências das agências regulamentadoras<sup>94</sup>.

Na mesma linha, Ran Hirschl, aprofundando-se sobre as origens políticas do aumento da importância dos Tribunais nas últimas décadas do século XX, concluiu que, nos quatro países em que desenvolveu seus estudos; Canadá, Israel, Nova Zelândia e África do Sul, esse fortalecimento “é mais frequentemente o resultado de um pacto estratégico tripartite entre elites políticas hegemônicas, mas cada vez mais ameaçadas, que procuram isolar suas preferências políticas das vicissitudes da política democrática; elites econômicas que compartilham um compromisso com o livre mercado e uma antipatia concomitante em relação ao governo; e

<sup>92</sup> SEGALL, Erich J., *ibid.*, p. 10. <sup>106</sup>

SEGALL, Erich J., *ibid.*, p. 11.

<sup>93</sup> Em <https://legaltimes.typepad.com/blt/2010/06/kagan-we-are-all-originalists.html>, visualizado em 30/03/2022.

<sup>108</sup> TUSHNET, Mark, *ibid.*, p.175.

<sup>94</sup> Exemplo expressivo do mau uso da cláusula constitucional se viu na revisão da determinação pelo município de San Francisco para que nas propagandas de bebidas açucaradas constasse a advertência de que *bebidas à base de açúcar contribuem para a obesidade, diabetes e cáries*. As inconstitucionalidades variaram entre o tamanho da advertência (a municipalidade não provou a necessidade de ocupar pelo menos 20% do anúncio) à sua imprecisão, na medida em que o açúcar causa apenas a diabetes do tipo II e não a do tipo I. TUSHNET, Mark, *ibid.*, p. 174175.

tribunais supremos que buscam aumentar o seu poder simbólico e fortalecer sua posição institucional.”<sup>95</sup>

Por isso, como já havíamos advertido no item anterior, há de se ter cautela com a ampla constitucionalização dos direitos e o aumento do controle judicial, porque ele pode apresentar um efeito contrário ao imaginado, ao fim e ao cabo mostrando-se, na prática, um método dissimulado de controle de iniciativas que busquem ampliar e aprimorar os ideais democráticos.

### ***O caso Brown***

Toda a referência que se fez até agora ao direito americano não é gratuita quando se pensa no papel que cabe aos tribunais em um Estado Democrático. O caso Brown, por seu pioneirismo, pela forma como foi construído, pelo resultado que obteve, pelos desdobramentos que se seguiram em sua fase de execução e mesmo pelos movimentos contrários que deflagrou, assume capital importância no desenvolvimento de uma expectativa de justiça que se pretenda democrática.

A primeira lição que se pode extrair da experiência americana é o especial valor que se deve dar a casos sensíveis que envolvem direitos metaindividuais. Não se atingirá minimamente qualquer expectativa de justiça se sua abordagem seguir aquela que se dá a discussões sobre conflitos que envolvam apenas aspectos econômicos ou que, em sua essência, não projetem qualquer repercussão para além das partes envolvidas<sup>96</sup>. Em verdade, uma forma talvez mais eficaz, mas certamente bem mais simples, do que o uso das elaboradas teorias analisadas no item anterior para limitar ou suprimir conquistas dos direitos coletivos é tratá-los dentro do caos ordinário da miríade de ações judiciais. E isso não significa apenas confiar na passagem do tempo para garantir a perpetuação das coisas como são. Um julgamento célere, mas superficial porque não se preocupa em perscrutar a relevância do caso, também é um caminho certo para negar avanços nas questões sensíveis para o aprimoramento do Estado democrático.

<sup>95</sup> HIRSCHL, Ran, **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**, 1ª ed., EDA, Londrina/PR, 2020, p. 355.

<sup>96</sup> *En casos como Brown, esta actividad de los jueces queda más expuesta que em un caso de divorcio, o de reclamo de una deuda. Sin embargo, lo que llamaré la performatividad del conflicto judicial se justifica externamente de la misma manera que la función de enunciación normativa o de las reglas de decisión. Em ambos casos, la razón que guía la actividad judicial es la de dar significado a ciertos valores públicos. Lo distintivo es que esos valores públicos no sólo resuelven un conflicto, sino que también lo instituyen, o definen su alcance en la litis.* PUGA, Mariela, *La litis estructural em el caso Brown v Board of Education*, in **Processos Estruturais**, Organizadores Sérgio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim, 2ª ed, Juspodium, Salvador/BA, 2019, p. 127.

Em um sistema de *common law*, os precedentes estão entranhados na compreensão do direito. Assim, ainda que se tenha buscado firmar a importância dos precedentes no direito processual brasileiro (que, no entanto, ainda continua muito preso à tradição teórica da *civil law*<sup>97</sup>) parece estranho que uma discussão jurídica sobre a discriminação racial nos anos 1950 se desse, de uma certa forma, limitada por um precedente firmado no século anterior. A primeira dificuldade que o caso Brown enfrentou foi exatamente a de superar a decisão do caso *Plessy v. Ferguson*, de 1896, em que a Suprema Corte havia decidido que separar negros de brancos não afrontava o princípio da igualdade.

O caso Brown partiu de cinco demandas, três de jurisdições onde possivelmente não haveria maiores problemas com uma decisão que determinasse a dessegregação (Kansas, Delaware e o Distrito de Columbia<sup>98</sup>), e outros dois, da Carolina do Sul e da Virgínia, onde a população negra representava, respectivamente, 70 e 45 por cento da população, e onde qualquer tentativa de integração enfrentaria uma resistência significativa de supremacistas<sup>99</sup>. Essas ações foram agrupadas em um procedimento de *class action*, tendo sido fundamental para o resultado do julgamento o raciocínio utilizado para delimitar a causa.

Os precedentes que até então tinham tratado da discriminação racial consideravam que a segregação não decorria de uma inferioridade imposta pela lei, mas sim das desigualdades inerentes à realidade social, sobre as quais as Cortes não tinham qualquer ingerência. A segregação, a partir dessa visão, nada mais era do que uma técnica regulatória preventiva que respeitava os costumes e práticas locais<sup>115</sup>.

Com a morte do *Chief Justice* Frederick Vinson em setembro de 1953, assumiu Earl Warren, indicado por Eisenhower, o que permitiu superar diversos impasses que estavam atrasando o julgamento da questão. Retomado o caso Brown em dezembro de 1953, Warren foi fundamental no esforço de delimitá-lo em contornos que se mostraram essenciais para, no ano seguinte, determinar a inconstitucionalidade da segregação racial nos Estados Unidos.

Para que esse objetivo fosse atingido, foi importante não partir dos casos em que não havia grande diferença material entre as escolas para brancos e as escolas para negros, senão bastaria determinar o equilíbrio na destinação orçamentária para uma e outra escola e se obteria

---

<sup>97</sup> “A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria à tradição *de civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídica.” MARINONI, Luiz Guilherme, **Precedentes obrigatórios**, 4ª ed., RT, São Paulo/SP, 2016, p. 80.

<sup>98</sup> O caso que envolvia o Distrito de Columbia foi decidido de forma separada, embora no mesmo dia e no mesmo sentido, com base na quinta emenda e com fundamento no *due process*, porque a 14ª emenda só se aplicava aos estados.

<sup>99</sup> KLARMAN, Michael, **Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement**, Oxford University Press, New York/NY, Edição Kindle, 2007, posição 720 <sup>115</sup> PUGA, Mariela, *ibid.*, 97.

um provimento jurisdicional suficiente e de acordo com o precedente firmado no caso *Plessy*. Se o objeto da ação fosse limitado nesses termos, não teria sido necessário ingressar no espinhoso tema da integração, mas também não haveria qualquer avanço na questão racial em solo americano.

A abordagem, então, evitou discutir a discriminação em sentido amplo, enfatizando a educação pública, que naqueles últimos anos, especialmente após a 2ª Guerra<sup>100</sup>, havia assumido “especial importância na vida democrática norte-americana”<sup>101</sup>. A partir daí, foram colhidas opiniões técnicas afirmando que a segregação produzia um impacto psicológico nas crianças negras, inculcando-lhes um sentimento de inferioridade social. Surge então uma causa jurídica relevante que separa o julgamento do caso *Brown* dos precedentes que haviam consolidado a ideia de *equal, but separate*. Ainda, fundando-se em laudos técnicos, evitava a Corte questionar diretamente a condição social dos negros nos estados sulistas que adotavam a segregação. Não há dúvidas no propósito de construir uma solução sem fomentar o caráter adversarial, comum aos litigantes em um processo tradicional.

No caso *Plessy*, a regra da separação dos vagões não foi tida ela mesma como discriminatória, porque, na visão da Suprema Corte do final do século XIX, decorria de uma conjuntura social insuscetível de ser submetida ao julgamento dos Tribunais. Em essência, decidiu-se que o *status quo* não poderia ser mudado por uma decisão judicial. Já a forma como foi estruturado o caso *Brown*, ao dar prevalência a prejuízos psíquicos das crianças negras, e não à desigualdade material das escolas, permitiu um avanço imenso no longo caminho para a igualdade racial nos Estados Unidos.

O *sucesso* da estratégia colocou em relevo a importância da estruturação do litígio, que passa a se orientar pela “asimilación entre el hecho dañoso y el agravio mismo, el abandono de la inculpación, y la preeminencia de criterios correctivos o distributivos en la atribución causal”<sup>102</sup>. Essa perspectiva é fundamental quando se pretende que os Tribunais deixem de lado o papel coadjuvante no fortalecimento dos ideais democráticos.

Mas o caso *Brown* foi além.

---

<sup>100</sup> "As southern whites became better educated, their commitment to white supremacy gradually slackened. The level of education for blacks was rising even faster. In 1910, only 5,000 blacks attended college in the United States; in 1948, more than 88,000 did. A better-educated black population undermined one of Jim Crow's original justifications: protecting whites from being dragged down by illiterate freedmen. Did whites need to be insulated from an "inferior" race that produced, for example, Ralph Bunche, the Nobel Peace Prize winner? " KLARMAN, Michael, *ibid.*, posição 406.

<sup>101</sup> PUGA, Mariela, *ibid.*, 111.

<sup>102</sup> PUGA, Mariela, *ibid.*, p.122.

### *Structural injunctions*

Quando tomaram sua decisão, os membros da Suprema Corte tinham plena consciência de que não seria possível uma automática e imediata dessegregação<sup>103</sup>. Tanto isso é verdade que a execução da decisão dependeu de um segundo julgamento, denominado caso Brown II. Esta segunda decisão afirmou a importância que as peculiaridades locais deviam assumir em um processo que procurava romper com bem mais de século de um enraizado racismo social<sup>104</sup>. Com essa preocupação em mente, os magistrados atribuíram às cortes distritais a responsabilidade de *planejar* o cumprimento da decisão em um procedimento participativo, que por si só já iniciava a integração, na medida em que deveria atribuir voz igualitária a negros e brancos<sup>105</sup>. A palavra *gradualismo*<sup>106</sup> servia tanto para garantir a autoridade da Corte quanto para demonstrar a sulistas resistentes compreensão dos problemas que a decisão levantava nos seus estados.

Assim como a causa Brown foi construída pelos *Justices* em diversas decisões tomadas em um processo que envolveu a colaboração de peritos e o exercício de prognósticos das melhores opções para superar o racismo, a implementação da decisão também precisou fugir das regras que definiam uma *dispute resolution*. A necessidade levou à constatação de que para solucionar uma *structural litigation*, como aquela se mostrava ser, era necessário trilhar um novo caminho judicial através de medidas que vieram a ser designadas *structural injunctions*<sup>107</sup>.

Como se viu, as partes iniciais de uma demanda estrutural não são permanentes e nem definitivas, porque o alcance da decisão, que também não se pode imaginar delimitado pelo pedido, é algo que será trabalhado no correr do processo, com o propósito não tanto de

---

<sup>103</sup> Havia sempre a preocupação de evitar a desmoralização da Corte com ordens que não pudessem ser cumpridas. Neste sentido o Justice Black expressamente declarou que “ nothing could injure the court more than to issue orders that cannot be enforced”. KLARMAN, Michael, *ibid.*, posição 1032.

<sup>104</sup> Em setembro de 1954, opositores da decisão da Suprema Corte forçaram o fechamento de uma escola e o abandono da integração em Milford, Delaware, havendo uma motivada preocupação de que no *Deep South* fosse extinto o ensino público.

<sup>105</sup> KLARMAN, Michael, *ibid.*, posição 1024.

<sup>106</sup> Pesquisas revelaram que a maioria dos americanos, numa proporção de 4 para 1 preferia o gradualismo a uma ação imediata, especialmente depois que a segregação levou a confrontos violentos em 1955-1956. KLARMAN, Michael, *ibid.*, posição 1197.

<sup>107</sup> Importante ter em mente que as *injunctions*, que nasceram para defender direitos da propriedade, tradicionalmente eram um remédio extraordinário, para ser usado somente se todos os demais falhassem. O panorama mudou com o caso Brown. Ver a respeito FISS, Owen M., *The civil rights injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978, p. 1-6.

solucionar conflitos passados, mas de projetar comportamentos futuros. O formalismo clássico do rito processual, com os rígidos conceitos de partes, causa de pedir, pedido e mesmo de coisa julgada não dariam conta do caso Brown.

A integração ao direito americano de decisões que “acabam por dar ao juiz o papel de legislador e executor,...exercendo papel principal no sucesso da implementação da medida por ele desenvolvida”<sup>108</sup>, embora tenha se desenvolvido como um meio de auxílio aos juízes para tornar efetiva a dessegregação, passou a ser usada largamente no direito americano em atuações que foram desde a reforma de instituições penais ao estabelecimento de políticas habitacionais para população de baixa renda, passando pela administração de hospitais, intervenção na composição racial das escolas e orientação de esforços de proteção ambiental<sup>125</sup>. Estava clara uma nova concepção de jurisdição em que os conflitos haviam superado os limites de uma discussão econômica entre duas pessoas e passavam a significar um meio de evolução do estado democrático.

O rompimento com o desenho clássico das funções jurisdicionais não se deu, e não se dá, sem enfrentar resistências e críticas que podem ser condensadas em três tópicos principais: (novamente e insistentemente) usurpação dos poderes democráticos conquistados pelo voto; inapetência, desconhecimento aprofundado das realidades sociais e falta de competência técnica dos Tribunais para exercer funções administrativas indispensáveis às *structural injunctions* e, por último, incompatibilidade de uma decisão estrutural com a segurança exigida pelo Estado de Direito.

Na análise dessas críticas, no entanto, não se pode desconsiderar que, ao lado das considerações jurídicas externadas em longos discursos, há um pernicioso pano de fundo que também as alimenta de forma sorrateira. O caso Brown é um exemplo claro em que uma concepção ideológica fundada em preconceitos e medos procurou de todas as maneiras se contrapor a qualquer avanço que pudesse representar risco ao *status quo*. Diante do constrangimento que a defesa explícita de pautas reacionárias pode representar, o conservadorismo formalista aparece como a face escolhida para subsidiar os elementos de partida para muitas das argumentações teóricas que procuram desacreditar o papel dos Tribunais.

---

<sup>108</sup> BAUERMANN, Desirê, *Structural Injunctions* no direito norte-americano, in **Processos Estruturais**, Organizadores Sérgio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim, 2ª ed, 2019, Juspodium, Salvador/BA, p. 251. <sup>125</sup> EASTON, Robert E., *The Dual Role of the Structural Injunction*, The Yale Law Journal Vol. 99, No. 8 (Jun., 1990), p.1983.

A primeira, e possivelmente a mais forte, crítica, procura enfatizar uma suposta supremacia dos poderes eleitos para interferir na vida das pessoas. Parece, no entanto, faltar um pouco de atualização histórica a essa ideia e um bom caminho para afastá-la é partir do próprio caso Brown. Confiar no Executivo e no Legislativo para realizar a dessegregação implicaria em perpetuar uma política racista com prejuízos a gerações de afro-americanos em evidente confronto com os valores democráticos. Por mais que tenha havido percalços no processo de dessegregação, não há como sustentar que os outros poderes estavam certos ao afirmar ser *difícil através da lei ou da força mudar o coração de um homem*<sup>109</sup>. Transpondo para realidades de hoje, não parece que tenham propósitos democráticos decisões administrativas ou leis que optem por diminuir áreas de proteção ambiental, por negar direitos a minorias ou, ainda, por retroceder em políticas educacionais<sup>110</sup>. A legitimidade do voto não serve a referendar um ato cujo conteúdo seja contrário à democracia.

Além disso, o processo eleitoral está longe de ser um processo depurador dos defeitos humanos, não havendo razão para atribuir aos legisladores ou aos membros do executivo uma superioridade moral que garanta, em termos abstratos, motivações melhores do que as dos tribunais.

Um outro ponto a ser destacado é a pouca correspondência entre as expectativas dos eleitores e as realizações dos eleitos. E há vários fatores para isso acontecer. Um deles diz respeito às próprias limitações do processo eleitoral. Os candidatos ou são apresentados de forma superficial ou têm sua campanha desenvolvida por profissionais de marketing com o objetivo de impressionar a massa de eleitores e não o de apresentar as propostas e pensamentos do candidato. E é a partir desse nível de conhecimento que é dada aos eleitores aquela, que, via de regra, será sua única oportunidade, solitária e limitada a um X, para expressar todas as esperanças que depositam na democracia. Mesmo neste átimo de participação, as opções tomadas pelo eleitor podem estar conscientemente muito distantes das plataformas dos candidatos. Conforme lembra Gargarella, é muito comum que o voto signifique o sacrifício de algumas preferências para assegurar outras que se prioriza em um momento específico<sup>111</sup>, ou

---

<sup>109</sup> Este passou a ser um mantra dos brancos sulistas, repetido até mesmo por Eisenhower. KLARMAN, Michael, *ibid.*, posição 1184.

<sup>110</sup> Para evitar quaisquer discussões que reflitam a polarização de inteligência rarefeita que acomete o Brasil nos dias de hoje, esclareça-se – políticas educacionais *em termos estritamente objetivos e quantificáveis*, como por exemplo no caso da redução de orçamento *per capita* para a manutenção das escolas municipais.

<sup>111</sup> GARGARELLA, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales – Qué hacer para que las democracias contemporâneas se abran -por fin- al diálogo ciudadano*, 1ª ed., Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2021, p. 139.

ainda, “ para afirmar lo que más queremos, podemos tener que aprobar, con ese mismo medio(el voto) lo que más rechazamos”<sup>112</sup>.

Também não se pode deixar de notar que, na análise do desempenho dos poderes eleitos em confronto com o dos tribunais, não há, absolutamente, o mesmo rigor na exigência de exposição de fundamentos que orienta o processo judicial. E não se pode negar que não é estranha ao mundo político a apropriação da pauta parlamentar e das ações dos governantes por grupos organizados que, através de fortes *lobbys*, conseguem direcionar a atividade legislativa ou executiva, distanciando seu processo de decisão de uma maior referência às expectativas dos eleitores.

Repita-se, exaustivamente, as eleições periódicas são a essência da democracia. Mas isso não transforma os poderes eleitos em intérpretes exclusivos da melhor forma de se atingir os ideais democráticos<sup>113</sup>.

Uma segunda objeção traz aspectos materiais relevantes que contraindicariam a assunção de práticas executivas pelos tribunais. Segundo essa crítica, além do despreparo técnico, os tribunais não teriam um compromisso maior com *o contexto político, econômico e social*<sup>114</sup> no qual são determinadas as *structural injunctions* e, por isso, não raramente sobrepõem suas visões a políticas públicas legitimamente traçadas pelos demais poderes<sup>115</sup>. Na sequência da crítica são trazidos alguns exemplos de ações judiciais que se mostraram equivocadas ao longo de sua execução. No entanto, essa abordagem parte de patamares desiguais, sendo muito mais tolerante com os demais poderes que, mesmo em execuções catastróficas de políticas públicas, podem se amparar em uma liberdade política que não se permite aos Tribunais. De mais a mais, superada a fase do Estado absenteísta, “Garantir os direitos sai caro, especialmente quando essa garantia é justa e uniforme;...”<sup>116</sup>. Os tribunais, ao se pronunciarem reafirmando essas garantias e promovendo, de fato, sua implementação,

---

<sup>112</sup> GARGARELLA, Roberto, *ibid.*, p.130.

<sup>113</sup> Vale lembrar a estratégia de populistas que extrapola o conceito de democracia a fim de garantir a si mesmos a voz única do *demos*. Nessa ordem de ideias, instituições independentes e direitos individuais são inconvenientes que precisam ser abafados.

<sup>114</sup> BAUERMANN, Desirê, *ibid.*, p. 259.

<sup>115</sup> Na mesma lógica vale conferir Hermes Zaneti Júnior: “ Este problema é ainda maior em relação aos direitos coletivos que aos direitos individuais, visto que dividem com os direitos sociais um despreço da doutrina clássica dos direitos subjetivos. Portanto, quando temos direitos sociais coletivos estes correm o risco de serem associados a policies e serem considerados além da tutela judicial, limitando-se a expressão de políticas públicas estatais.” ZANETI JÚNIOR, Hermes, *A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo cominado de remédios e direitos como garantia de tutela*, in *Processo Coletivo / coord. Hermes Zaneti Júnior*, Juspodium, Salvador, 2016, p. 37.

<sup>116</sup> HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass R., **O custo dos direitos, porque a liberdade depende dos impostos**, Martins Fontes, São Paulo, 2019, p. 37.

transmitem a segurança de um Estado regulado pelo direito, o que, na atual quadra, representa uma mola propulsora do desenvolvimento. Importante ainda enfatizar que a análise atenta da linha de evolução das *structural injunctions* demonstra uma preocupação constante em reconhecer erros e superar o que se mostrou indevido ou equivocado. E tudo isso dentro de um refinado, e de certa forma exagerado, especialmente na realidade brasileira, procedimento de controle das decisões judiciais, o que permite sua mais ampla contestação, e reversão, em diversos graus de decisão.

Não se pode deixar de anotar, por outro lado, que a objeção à intervenção dos tribunais decorre muito de uma compreensão equivocada da dinâmica democrática atual. Pregar a independência das esferas a partir da desconfiança absoluta não deixa de trazer um certo charme nostálgico na reverência à proposta iluminista de dar cabo ao absolutismo. Mas também representa um erro de perspectiva sobre o mundo atual, em que a complexidade das interações sociais exige muito mais do que o simples controle dos excessos<sup>117</sup>. Na medida em que se concorda que o fortalecimento da democracia é o pilar de qualquer governo, *cooperação* e *interação* devem passar a representar as novas palavras de ordem que orientam as relações entre os poderes<sup>118</sup>.

Por fim, sobre a dificuldade de delimitar a causa e apresentar uma decisão certa e precisa que sirva para resolver o conflito, as respostas só podem ser encontradas se houver disposição para uma nova visão de processo.

A ideia de jurisdição desenvolvida a partir de uma lide, em que duas partes bem delimitadas contendem diante de um juiz na busca de um interesse puramente individual, normalmente com forte carga econômica, faz parte de um modelo conceitual que, embora ainda válido, mostra-se muito limitado para dar conta da diversidade dos litígios contemporâneos. Quando não duas, mas uma multiplicidade de partes, que dividem interesses comuns, mas que

---

<sup>117</sup> Nessa ordem de ideias o suporte que a Suprema Corte americana tem dado às agências, que assumiram uma importância muito grande em mecanismos de controle dos princípios democráticos. Nas palavras de Sunstein e Vermeule: “If we are concerned with democracy, freedom, or the general welfare, there is a great deal to be said for, not against, the modern administrative state. In contemporary governments, federal and state agencies are arguably products of democratic will (acknowledging the role of self-interested groups). In some cases, they promote freedom, at least on certain specifications of that contested ideal. They can and often do promote the common good and increase human welfare. Many people do not love cost-benefit analysis, but if we care about welfare, it is at least noteworthy that the benefits of agency action often exceed the costs, and by a large margin. SUNSTEIN, Cass, VERMEULE, Adrian, *Law & Leviathan*... *ibid.*, p.143.

<sup>118</sup> Na mesma lógica de ideias; *In my view, courts should not be viewed in isolation but as a coordinate source of governmental power, and as an integral part of the larger political system...Democratic consent extends to the system of governance as a whole. The legitimacy of each institution within the system does not depend on the consent of the people who are subjected to it, either in the individualized or collective sense, but rather on the competence of an institution to discharge a social function within that system.* FISS, Owen, *The Law as it could be*, New York University Press, New York and London, 2003, p. 54. <sup>136</sup> FISS, Owen, *The Law...*, *ibid.*, p.52.

também apresentam reivindicações individuais, pretendem uma solução judicial que possivelmente produzirá efeitos para muito além do processo, não há como encaixar o conflito no clássico *actum trium personarum*.

Em um processo tradicional, o juiz resolve o litígio com a preocupação de minimizar novas disputas e maximizar a satisfação dos interesses privados. O interesse público não vai muito além de evitar a justiça com as próprias mãos, cabendo aos tribunais *only be the minimal one of avoiding violence through the use of a settlement mechanism*.<sup>136</sup> . No processo estrutural, ao contrário, o que está em jogo são valores que transcendem os interesses individuais e que devem servir para reforçar direitos constitucionais e princípios democráticos. Nas palavras de Owen Fiss, a função social do litígio contemporâneo não é a de resolver conflitos, mas sim a de emprestar um significado concreto à moralidade que se espera dentro do contexto do Estado burocrático<sup>119</sup>. Para isso, não basta simplesmente *acertar* um conflito, fazendo retornar a sociedade a um suposto *status quo* inicial de natural harmonia. No mais das vezes, uma ação estrutural já se inicia colocando em dúvida se esse *status quo* é, de fato, justo, e a partir dessa análise se propõe a *construir* uma nova realidade que garanta a ampliação dos direitos constitucionais<sup>120</sup>.

Daí a característica *prospectiva* que assume um procedimento preocupado tanto em definir o melhor caminho para a satisfação dos bens jurídicos que se pretende tutelar, quanto em considerar as consequências das decisões tomadas para atingir esse fim. Como o processo estrutural deve acompanhar a dinâmica dos fatos e dos próprios interessados processuais, não raro se desenvolve *pela tentativa e por possíveis erros*<sup>121</sup>. E, nessa medida, o rito processual, com as suas preclusões e limites de intervenção das partes, exige a revisão de conceitos e fórmulas que desde sempre serviram a legitimar a solução emprestada pelos Tribunais às causas que julgavam.

---

<sup>119</sup> *The social function of contemporary litigation is not to resolve disputes but rather to give concrete meaning to that morality within the context of the bureaucratic state.* FISS, Owen, *The Law...*, *ibid*.

<sup>120</sup> FISS, Owen, *The Law...*, *ibid*.

<sup>121</sup> ARENHART, Sérgio, OSNA, Gustavo, JOBIM, Marco Félix, **Curso de Processo Estrutural**, Thompson Reuters, São Paulo, 2021, p. 90.

## Capítulo 4

### O Ministério Público

Embora o Ministério Público nasça como *gens du roi*,<sup>122</sup> a partir do século XIII começou a sobressair o seu papel na repressão penal, justificado pelo *interesse público* na punição das práticas criminosas de maior gravidade (*interest rei publicæ ne maleficia remaneant impunia*). Em sua evolução histórica, a superação da limitada defesa dos direitos *ordinários* do rei levou o Ministério Público a chegar ao século XVIII com a responsabilidade *por tudo que dissesse respeito à ordem pública, cuidando para que os laços comuns da sociedade se mantivessem através da observância das leis que a formaram, reprimindo qualquer ameaça ao rompimento desses laços; opondo-se à prevalência do interesse privado sobre o bem geral; amparando os fracos diante da violência; em uma palavra, sendo responsável por tudo que possa interessar direta ou indiretamente ao Rei, à Igreja e ao Público*<sup>123</sup>.

É importante notar que o desenvolvimento do Ministério Público se deu no interior de um direito que, rigorosamente disciplinado pelo princípio inquisitório, atribuía à figura do juiz a proeminência na condução do processo criminal. Essa configuração, que o afastou um pouco da responsabilidade pela persecução, permitiu que o parquet fosse além da função meramente repressiva, assumindo importante papel também na resolução de conflitos entre particulares, onde poderia assistir partes hipossuficientes, como as viúvas, os órfãos e todos que se qualificassem como *miserabiles personae*<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> La première mission des << gens du roi >> est d'abord de défendre ses droits: son domaine, pour commencer; sa juridiction, très tôt conçue comme inaliénable; et enfin l'intérêt public, qui dans son acception première est évidemment de nature judiciaire. **Histoire du Parquet**, coordenação de Jean-Marie Carbasse, Presses Universitaires de France, 2000, p. 10-11.

<sup>123</sup> *Ce ministère, affirmera tel magistrat du XVIII<sup>e</sup> siècle, s'étend sur tout ce qui concerne l'ordre public; il veille à ce que les liens communs de la Société soient entretenus par l'observation des lois qui les ont formés; il réprime tout ce qui pourrai rompre ces liens; il s'oppose à ce qu'aucun intérêt particulier [ne] puisse l'emporter sur le bien général; il secourt la faiblesse opprimée par la violence; en un mot, il embrasse tout ce qui peut intéresser directement ou indirectement le Roi, l'Église et le Public.* *Histoire du Parquet*, *ibid.*, p.7.

<sup>124</sup> *Dans le domaine judiciaire, il faut souligner d'entrée que le rôle du parquet ne se réduit pas à l'action répressive : son rôle dans la résolution des conflits entre particuliers est loin d'être négligeable. C'est ainsi qu'il assiste certains plaideurs, en se constituant à leurs côtés partie jointe, soit à la demande de la partie, soit d'office, soit sur l'ordre de la cour. On le voit intervenir couramment au côté des victimes qui demandent réparation, ou*

No final do século XIX, a experiência francesa de um acusador público institucional foi incorporada ao direito do Império Alemão (*Deutsches Kaiserreich*), no entanto, com uma fisionomia mais voltada à contestação da arbitrariedade, primeiro a dos juízes, e, na sequência, a do próprio governo<sup>125</sup>.

A preocupação com a realização da justiça se refletiu nas denominações utilizadas pelos países de tradição continental europeia – *Fiscal de la Nación*, *Procureur de la Republique*, *Procuratore della Repubblica*, *Staatsanwalt*(advogado do Estado) e, no Brasil, **Procurador da República** e **Promotor de Justiça**<sup>126</sup>. Os nomes reforçam a constatação de que a linha mestra que orientou a sua criação sempre permaneceu presente, com a função acusatória sendo delimitada pela realização da justiça, o que levou alguns doutrinadores inclusive a ver nessa suposta ambiguidade um verdadeiro *Cavalo de Tróia*<sup>127</sup> da persecução penal. No entanto, foi exatamente esse desenho institucional que permitiu uma impressionante ampliação do leque de suas atribuições para muito além da Justiça Criminal, com especial destaque à Constituição brasileira de 1988, que consagrou o Ministério Público como o protagonista da tutela dos direitos metaindividuais<sup>146</sup>, incorporando-lhe diversas prerrogativas e garantias a fim de viabilizar o exercício desse papel.

Diante de uma tradição que se firmou de busca pela justiça, não parece despropositada a opção pelo Ministério Público como um promotor dos ideais democráticos em seus mais amplos aspectos. Contribuiu também para a escolha do constituinte a grande capilaridade do

---

*encore, de façon systématique, pour assister les veuves, les orphelins et généralement tous ceux que les textes qualifient, depuis le Moyen Âge, de <<miserables personae>>. Histoire du Parquet, ibid., p.14.*

<sup>125</sup> *Le procureur << doit pouvoir réclamer l'arrêt des investigations lorsqu'il s'est persuadé que la poursuite qu'il a engagée n'est pas fondée. Même lorsque l'audience a débuté, ce fonctionnaire doit avoir le droit d'exprimer sa conviction de l'innocence du prévenu...>>. Bien qu'elle ait suscité les sarcasmes et l'incrédulité de certains auteurs, cette opinion que Mittermaier formulait au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle s'est rapidement imposée. Le << Staatsanwalt >> n'a pas été pensé comme l'avocat de l'accusation qui cherche par tout moyen à confirmer la première accusation, mais comme un organe dont l'effort doit tout entier être orienté vers la vérité et la justice, car son efficacité et sa considération souffriraient d'un comportement partisan. MATHIAS, Éric, Le ministère public en Allemagne au XIX<sup>e</sup> siècle in **Histoire du Parquet**, ibid., p. 301/302*

<sup>126</sup> Nos países de *common law* a ideia de persecução, muito em razão do desenho de um processo penal acusatório, prevaleceu com a denominação de *prosecutors*, responsáveis pela *criminal prosecution*.

<sup>127</sup> *Ist sie als „Kind der Revolution“ geboren, von den Machthabern im 19. Jahrhundert als „Lenkungsbehörde“ geschaffen worden, oder erscheint sie gar „im Strafverfahren seit ihrer Geburt als trojanisches Pferd“? Ist die StA wirklich der „Wächter des Gesetzes“, „die Kavallerie der Justiz“, der Anwalt eines die moderne Kriminalpolitik bestimmenden Resozialisierungsstrafrechts“? Oder ist sie nicht vielmehr eine bloße Verbindungsstelle zwischen Polizei und Gerichten, die einerseits gegenüber der Polizei ihre Leitungsfunktion nicht ausübt, sondern nur „nacharbeitet“ und andererseits im gerichtlichen Verfahren nur die Anklage „vertritt“ und dann bürokratisch die Urteile vollstreckt? HELLEBRAND, Johannes, **Die Staatsanwaltschaft – Arbeitsgebiet und Arbeitspraxis**, Verlag C.H. Beck, München, 1999, p. 64 (StA é a abreviação de Staatsanwaltschaft) <sup>146</sup> RODRIGUES, Geisa de Assis, **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**, 1ª edição, Forense/ Rio de Janeiro, 2002, p. 71 e seguintes.*

Ministério Público no imenso território brasileiro e sua reconhecida qualificação técnica, garantida pelo rigor no recrutamento de seus quadros. Embora não haja dúvidas a respeito de sua inspiração no ombudsman e no defensor do povo<sup>128</sup>, a *adaptação* feita se mostrou promissora à realidade brasileira.

### ***Belo Monte***

Belo Monte é um bom exemplo tanto da capacidade do Ministério Público de bem desempenhar o papel que lhe foi atribuído de defensor da sociedade quanto da resistência do poder, político e econômico, em se sensibilizar em prol dos valores democráticos.

Durante a ditadura militar (1964-85), o Brasil fez a opção pela energia hidrelétrica como principal fonte de sua matriz energética. Datam desse período os primeiros estudos para o aproveitamento hidrelétrico do Rio Xingu, no Pará, tendo sido apresentado o projeto de cinco usinas na bacia do rio Xingu<sup>129</sup>. Com a redemocratização e os novos direitos consagrados na Constituição, já no final da década de 1980 começaram as primeiras manifestações contrárias ao projeto<sup>130</sup>. Além do impacto ambiental, com grande risco à segurança hídrica da região e aos habitats aquáticos, com destruição da fauna ictiológica em razão da mudança do regime das águas, a construção e operação da usina afetaria profundamente as comunidades indígenas e todas as demais comunidades que viviam na região e dela extraíam seu sustento (comunidades ribeirinhas, pescadores e pequenos agricultores).

Sob qualquer análise que se faça, a sequência dos eventos, com a construção e operação da usina, trouxe uma demonstração inequívoca do concreto esforço antidemocrático, inclusive

---

<sup>128</sup> “O anseio por [essa] estabilidade democrática com certeza motivou que muitos atores do último processo constituinte brasileiro defendessem a existência da criação de uma instituição nos moldes do ombudsman no cenário jurídico pátrio. Houve um dissenso entre os que consideravam necessária a concepção de uma nova instituição, com funções de defesa dos interesses da sociedade, e os que entendiam ser melhor reservar ao Ministério Público essas novas atribuições. Para esses últimos as funções de defesa da cidadania seriam um aprofundamento natural da clássica vocação da instituição de defesa do ordenamento jurídico, uma verdadeira releitura do encargo de proteção dos fracos e da salvaguarda do bem público.” RODRIGUES, Geisa de Assis, *ibid.*, p. 67/68.

<sup>129</sup> FAINGUELERNT, Maíra Borges, **A trajetória histórica do processo de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, Dossiê: Impactos socioambientais de grandes projetos de infraestrutura**, Scielo Brasil, consultado in <https://www.scielo.br/j/asoc/a/ThnyR8RrxkcBNSqVGKKxqqP/?lang=pt#>. Visualizado em 08/04/2022.

<sup>130</sup> Expressiva a foto que marcou essas primeiras demonstrações em que a índia Tuíra, da etnia Kaiapó, ameaça com feição o diretor da Eletronorte. <http://memorialdademocracia.com.br/card/povos-do-xingu-se-encontram-nopara>, visualizado em 08/04/22.

com o dispêndio bilionário de valores públicos, para dar cabo a um projeto que se impôs de forma autoritária pela força política e pelo poderio econômico.

Muito já se escreveu sobre os efeitos nefastos de Belo Monte, mas vale a pena lembrar de que forma ela serviu como um importante marco no retrocesso da consolidação dos direitos fundamentais na realidade brasileira. A primeira agressão diz respeito à pouca transparência de uma decisão que envolveu gastos que atingiram mais de 30 bilhões de reais para uma “obra cujos 11.200 megawatts de potência instalada só vão funcionar quatro meses por ano por causa do funcionamento hidrológico do Xingu.”<sup>131</sup>, e que nos dados atuais, segundo o próprio consórcio que a opera, tem atingido pouco mais de 1/3 da capacidade mensal que serviu de justificativa para sua implementação <sup>132</sup>. A publicidade das decisões do Estado e a explicitação dos direcionamentos que dá às verbas públicas são componentes obrigatórios de qualquer estado democrático.

Um segundo retrocesso evidente diz respeito à questão ambiental. Nas palavras de Milaré<sup>133</sup>:

“A bacia amazônica representa a maior extensão de florestas tropicais da Terra, exercendo significativa influência no clima local e global, devido aos fluxos de energia e água na atmosfera. Presume-se que a alteração dos ciclos de água, da energia solar, de carbono e de nutrientes, resultantes da mudança no uso da terra na Amazônia, possam provocar consequências ambientais, sobretudo climáticas em escala planetária...A riqueza e a diversidade da fauna amazônica também são notáveis. Encontram-se registrados 311 espécies de mamíferos, mais de mil espécies de aves e 1.800 de borboletas. Também se registram 300 espécies de répteis, 163 de anfíbios, além de três mil espécies de formigas e três mil de abelhas. Habitam, ainda, o bioma amazônico cerca de 2,5 milhões de invertebrados e número incalculável de microorganismos.”

Nesse rico meio ambiente, o reservatório de água ocupou um espaço de 478 quilômetros quadrados, pouco menos da área total do município de Porto Alegre(o projeto inicial previa uma inundação três vezes maior, equivalente à área do município do Rio de Janeiro). Além da destruição de todo o ecossistema na área abrangida pela usina, a sua construção afetou o regime hídrico da região e acarretou grande aumento da ocupação populacional, produzindo severos impactos em uma área significativamente maior. Também vale mencionar a liberação de *enormes quantidades de gás metano* –25 vezes mais poderoso para causar o efeito estufa do que o gás carbônico – decorrentes da decomposição da floresta inundada.

<sup>131</sup> <http://elianebrum.com/opiniao/colunas-na-epoca/belo-monte-nosso-dinheiro-e-o-bigode-do-sarney/>, visualizado em 08/04/22.

<sup>132</sup> <https://www.norteenergiasa.com.br/pt-br/uhe-belo-monte/a-usina>, visualizado em 08/04/22.

<sup>133</sup> MILARÉ, Édis, **Direito do Ambiente**, 11ª ed., Thompson Reuters, Brasil, 2018, p. 1585-1586.

Não é preciso enfatizar a importância do valor ambiental em uma democracia cuja proteção “deve operar de modo progressivo tanto no âmbito normativo quanto institucional, a fim de assegurar a ampliação da qualidade de vida existente hoje e atender a padrões cada vez mais rigorosos de tutela da dignidade da pessoa humana, não admitindo redução no seu regime jurídico, em termos normativos e fáticos, a um nível de proteção inferior àquele verificado hoje”<sup>134</sup>.

No entanto, a degradação de Belo Monte desnuda um contexto muito mais próximo de um expansionismo arcaico em que a vastidão continental brasileira, caracterizada por amplos ecossistemas, é encarada como uma fonte infinita de recursos. A irreal fartura permite que a *suposta* veneração ao meio ambiente seja facilmente substituída pelo raciocínio prático e imediatista, que prioriza os interesses econômicos e que projeta para um futuro distante a responsabilidade pelas agressões ambientais, apostando no *milagre* da capacidade regenerativa da natureza.

Um terceiro ponto relevante diz respeito à agressão ao elemento humano. A barragem foi implementada em uma área de influência indígena composta por diversas etnias, entre elas A’Ukre, Arara, Arawete, Curuaia, Juruna, Kayapó, Kuruaia e Xipaia. Desde os primeiros projetos da usina houve ferrenha oposição da comunidade indígena sintetizada nas palavras de Adoum Arara<sup>135</sup>:

“[d]epois da barragem, nós não vamos viver como agora sem a barragem. Vai desaparecer o peixe, morrer muita caça, e a gente vai passar fome, não vamos ter todas as coisas que têm no rio e na mata. Uns vão embora porque o rio vai ficar cheio ou vão morrer. Vai estragar a vida de todos os índios, ribeirinhos e da natureza que é a nossa vida. Nós não queremos a barragem de Belo Monte.

Essa irresignação não foi levada em conta, abafando a voz dos povos indígenas a versão de que a Usina representaria, em verdade, a solução para os problemas vivenciados há muito pelas comunidades da região. Os indígenas foram tratados como vidas de valor inferior, que, ante a sua incapacidade de autodeterminação, podem, e devem, ser manipuladas em favor do conforto de vidas de maior valor<sup>136</sup>.

<sup>134</sup> SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, Direito Constitucional..., *ibid.*, p. 413.

<sup>135</sup> PONTES JR., Felício, BELTRÃO, Jane Felipe, Xingu, **Barragem e nações indígenas, in Tenotã-Mõ, Alertas sobre as consequências dos projetos hidrelétricos no rio Xingu**, Organizador A. Oswaldo Sevá Filho, 1ª ed. IRN, 2005, p. 83.

<sup>136</sup> *The decision to address life from the point of view of inequality does not derive purely from a theoretical and practical imperative: it is also an ethical and political imperative. For those who live in the situations I have studied do not suffer only through their many privations. They also suffer because their alienation is not named as such. In that respect, the reality of unequal lives is not a component of the awareness of those who are on the*

As previsões de Adoum Arara se concretizaram, conforme se percebe de decisão datada de novembro de 2020, proferida em uma das tantas ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público Federal na defesa de direitos constitucionais mais básicos<sup>137</sup>:

Do teor dos elementos coligidos pelo MPF em sua exordial, nota-se a situação de vulnerabilidade dos indígenas frente aos impactos do empreendimento, bem como a insuficiência das ações executadas a fim de eliminar ou ao menos mitigar substancialmente tais efeitos indesejados.

É dizer, persiste a problemática surgida pela não adoção de medidas multifacetadas que efetivamente conferissem, desde antes do início da implantação da UHE Belo Monte, autonomia aos indígenas para o enfrentamento dos impactos sociais e ambientais decorrentes do empreendimento – processo que foi catalisado justamente com o início de sua operação.

Calha recordar que a pura e simples disponibilização de verbas e bens e o atendimento da “vontade”, muitas vezes viciada, de determinados membros das comunidades, não é capaz de cumprir com as obrigações assumidas pelo Consórcio. E não menos importante, a eventual concordância da FUNAI com reiterados Termos de Compromissos não isenta, nenhum dos réus, das responsabilidades pela má gestão, administração, fiscalização e execução das obrigações do componente indígena.

(...)

Cabe ainda consignar que a própria assinatura de Termo de Cooperação é elemento que reforça a percepção de não cumprimento das condicionantes do Componente Indígena desde o início. Afinal, sua celebração decorre justamente da necessidade de elaborar soluções emergenciais que, de alguma forma, se adaptassem aos problemas produzidos ou agravados com o avanço da obra. É sinal, enfim, de que as medidas antecipatórias não foram implementadas a contento, o que exigiu a concepção de outras ações já no transcurso dos eventos.

Ora, nunca houve dúvida de que as comunidades indígenas do Xingu vivem desde sempre em função do rio, dele retirando seu sustento e a partir dele estruturando a sua organização social. Além das necessárias realocações em razão da área inundada, a mudança do ecossistema fez desaparecer a pesca, a caça e a coleta. O espectro da fome conduziu à desagregação social e à perda de identidade. A implementação da usina simplesmente veio corroborar de forma funesta o que já se antevia há mais de trinta anos, quando os primeiros movimentos de resistência surgiram.

Democracia deve significar um processo contínuo de aprimoramento social. A construção de Belo Monte ignorou esse processo, inspirando-se em um momento histórico ultrapassado, de um desenvolvimentismo autoritário, típico da realidade brasileira dos anos 70. A execução da obra, atropelando todas as objeções que lhe foram levantadas, serviu a evidenciar quão fraco, e de nenhuma *accountability*, era o argumento da presença de um *interesse público*

<sup>137</sup> [http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2020/decisao\\_processo\\_belo\\_monte\\_etnocidio\\_13\\_nov\\_2020\\_proc\\_0003017-82-2015-401-3903.pdf/](http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2020/decisao_processo_belo_monte_etnocidio_13_nov_2020_proc_0003017-82-2015-401-3903.pdf/), visualizado em 10/04/2022.

*relevante*, relacionado com o planejamento da política energética do país, o que só agrava a responsabilidade na corrupção dos valores democráticos em prol de um poder que não se conseguiu controlar.

Por outro lado, a atuação firme e intensa do Ministério Público na defesa de diversos valores metaindividuais através de ações desenvolvidas ao longo de mais de vinte anos, demonstrou o acerto da opção constitucional em uma prova de fogo em que as demais instituições, que deveriam estar inseridas na mesma compreensão democrática, não se mostraram suficientemente firmes a evitar as agressões praticadas contra o Estado Constitucional e contra a democracia.

Assim, diversamente de seus congêneres mundo afora, o desenho institucional único do Ministério Público no Brasil o situa em uma posição privilegiada quando se discute a atuação dos Tribunais na ampliação dos valores democráticos. É necessário então, que à discussão que se trava no direito americano sobre o ativismo e sobre o processo estrutural, e mesmo sobre a adequada proteção a direitos metaindividuais, seja agregada a realidade única de uma instituição que se beneficia de praticamente todas as garantias de um órgão judicial, ao tempo em que se lhe permite uma ação que vai muito além da clássica inércia jurisdicional.

### ***Os Tribunais e o Ministério Público***

Dotado de estatura constitucional idêntica à da magistratura, o Ministério Público utiliza suas diversas prerrogativas para assumir o poder-dever de defesa do interesse público em uma dimensão que possui diversos pontos de contato com o múnus de um juiz.

A competência técnica é aferida por um rigoroso concurso e mantida através de constantes incentivos ao aprimoramento profissional e, a exemplo dos juízes, o membro do Ministério Público tem o dever de fundamentar suas decisões em procedimentos que seguem ritos claros e predeterminados. Também como os juízes se submetem disciplinarmente a duas instâncias fiscalizatórias (uma interna e outra externa<sup>138</sup>). Além disso, há uma instância revisional interna, o que constitui uma garantia a mais contra eventuais abusos e arbitrariedades.

---

<sup>138</sup> Corregedorias e Conselhos Superiores e Conselho Nacional do Ministério Público.

No Ministério Público Federal essa revisão é de atribuição das Câmaras de Coordenação e Revisão. Compostas cada uma por três Subprocuradores-Gerais da República, distribuídas em sete áreas temáticas, responsabilizam-se também por orientações da atividade institucional através da emissão de enunciados que, dentro da multiplicidade de realidades presentes no imenso território brasileiro, buscam garantir uma certa unidade de atuação. Essa coordenação e revisão, no entanto, é avessa à noção que prevalece nos Ministérios Públicos estrangeiros, que têm na hierarquia a definição de sua estrutura organizacional e o estabelecimento das linhas de atuação. Embora não raramente sujeita a críticas pelas iniciativas duvidosas que pontualmente às vezes permite<sup>139</sup>, a independência funcional do Ministério Público no Brasil tem se mostrado a alma e o corpo de uma instituição que se pretende propagadora dos ideais democráticos<sup>140</sup>.

Apesar de toda essa proximidade, há duas diferenças relevantes que apartam a atuação do Ministério Público da do Judiciário. A primeira delas está no fato de o Ministério Público se assumir como parte na defesa do interesse que lhe é constitucionalmente incumbido. Embora se reconheça a superação do modelo que artificialmente pregava a absoluta imparcialidade, ou neutralidade, do juiz, deve ele ainda guardar uma equidistância que naturalmente não se aplica ao órgão do Ministério Público<sup>141</sup>. Não obstante a seriedade dos tribunais, quando estão em discussão direitos fundamentais inerentes a um Estado Democrático, o dogma da imparcialidade normalmente acaba pendendo em sentido contrário a esses direitos. Não raras vezes, o excesso da burocratização processual, acompanhado da juridicização excessiva de garantias que

<sup>139</sup> Como no caso em que se pretendeu modificar verbete em um dos principais dicionários da língua portuguesa. Ver <https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2012/02/27/mpf-quer-tirar-de-circulacao-odicionario-houaiss.htm>, visualizado em 10/04/2022.

<sup>140</sup> Exemplo dessa inspiração está na criação espontânea no Ministério Público Federal de mecanismos democráticos de escolha de seus dirigentes, como no caso de Procuradores-Chefes e Procuradores Regionais Eleitorais e, inclusive, como no caso da formação de lista tríplice para Procurador Geral da República a fim de subsidiar a escolha do Presidente da República. Neste aspecto, nada mais democrático do que criar uma cultura de legitimação do PGR a partir de um processo eleitoral que viabiliza a ampla troca de ideias e propostas e no qual a história dos membros na instituição se torna um componente essencial a acompanhar o currículo do novo Procurador Geral. Evita-se assim a indicação baseada em critérios palacianos e obscuros e que podem se traduzir ao longo do tempo na sobreposição dos interesses imediatos do governo à defesa dos ideais democráticos. A respeito Geisa de Assis Rodrigues assevera: “Todavia, também se consagraram no texto constitucional alguns pontos negativos, como a investidura do Procurador-Geral da República pela mera nomeação do Presidente da República, sem a consulta aos membros do Ministério Público Federal como ocorre nos demais ramos do Ministério Público...” *ibid.*, 69.

<sup>141</sup> “Note-se que a atuação do juiz, se pode ser vista como uma forma de participação, evidentemente não pode ser confundida com a qualidade que se atribui à participação das partes...O juiz deve participar para garantir que a participação das partes seja igualitária e, assim, para que eventual falha na participação de uma delas possa ser suprida.” MARINONI, ARENHART e MITIDIERO, *Curso de Processo Civil*, *ibid.* p. 481

parecem evidentes, permitem que as formalidades sirvam à manutenção do *status quo* e à negação de direitos fundamentais<sup>142</sup>.

Uma segunda diferença fundamental decorre da primeira e diz respeito ao grau de envolvimento, e conseqüente conhecimento, na causa. O exercício da tutela do direito não nasce com o ajuizamento da ação. Antes disso há a instrução necessária à formação da convicção ministerial e, no mais das vezes, tentativas de composição com o agente transgressor, o que garante uma posição sem dúvida privilegiada na avaliação da solução que melhor, e de forma mais ampla, atende à defesa do direito constitucional violado. Neste ponto, importante distanciar esse envolvimento daquele próprio à advocacia, ou mesmo ao de ONGs ou de outras entidades que ingressam no cenário jurídico com o propósito de defesa de valores democráticos, porque nenhuma delas consegue atingir o nível de garantias previsto no regime jurídico destinado a amparar as iniciativas do Ministério Público. No exemplo de Belo Monte isso fica muito claro. Os vinte anos de insistente luta contra o projeto só foram possíveis em razão da visão constitucional que garantiu ao Ministério Público os meios necessários a se tornar guardião do meio ambiente e defensor das minorias, entre tantas outras funções.

### ***Uma objeção***

Nos Estados Unidos, as *class actions*, cuja aplicação não se restringiu a casos estruturais, mas neles expandiram o seu alcance, mostraram-se campo fértil para a discussão sobre os significados que as instituições processuais devem assumir para tornar efetiva a tutela dos direitos metaindividuais.

O objetivo histórico mais próprio às *class actions* foi o de garantir a indenização decorrente de atos ilícitos que causaram prejuízos a um grande número de pessoas. Normalmente esses prejuízos considerados individualmente não compensam o ingresso de uma ação judicial. No entanto, é o vulto que essas indenizações assumem em seu conjunto que

---

<sup>142</sup> Voltando a Belo Monte, não são poucos os exemplos em que o interesse econômico foi o argumento que invariavelmente prevaleceu diante da proteção ambiental e dos direitos da comunidade indígena, apenas para citar dois dos tantos direitos violados. Ou seja, na disputa entre o interesse econômico e os direitos fundamentais, contrária a proposta da ampliação dos princípios democráticos considerá-los em um mesmo patamar de proteção.

consolidou sua importância no direito americano, não só pelo referencial financeiro, mas também pelo fortalecimento do quadro jurídico de proteção aos direitos metaindividuais<sup>143</sup>.

Com o aprimoramento da democracia, e conseqüente ampliação dos direitos que deveriam representá-la, os aspectos financeiros deixaram de ser a única, ou a principal, motivação das *class actions*.<sup>144</sup> A era Warren, como se viu, foi pródiga em ampliar a desenvoltura dos tribunais naquilo que o mundo político se mostrava recalitrante em reconhecer.

Ao estilo inconfundível da *common law*, as respostas que foram sendo dadas pelo sistema judiciário avançaram muito na adequação dos conceitos clássicos que orientam o processo para conformá-los às *class actions* e, conseqüentemente, torná-los úteis aos desafios impostos pelas ações estruturais.

Não há como ignorar que uma utilização desenfreada do instituto produziu exemplos em que os possíveis benefícios atingidos foram obnubilados pelos resultados negativos, servindo as ações em alguns casos muito mais para o enriquecimento de escritórios de advocacia do que para viabilizar uma efetiva reparação coletiva<sup>145</sup>. Apesar disso, as *class actions* ainda se mostram como um instrumento fundamental na solução de conflitos de massa, equilibrando posições muito díspares e permitindo um certo controle dos abusos do governo e/ou de grandes corporações<sup>146</sup>.

Importante salientar que, para além das *class actions*, verificou-se nos últimos tempos o florescimento de ações *parens patriae*<sup>167</sup>, em que agentes públicos assumem a responsabilidade por buscar a reparação dos danos em massa em razão de ilícitos praticados por

---

<sup>143</sup> Taken together, these consequences have enormous potential to deter institutional and corporate wrongdoing and to shift the balance of power between citizens and their governments, employees and employers, and consumers and manufacturers and service providers. HENSLER, Deborah R., *The Globalization of Class Actions: An Overview*, ANNALS, AAPSS, 622, Março 2009, p. 9.

<sup>144</sup> In many respects, the United States has led the way in these developments: the 1970s 'rights revolution' in the United States created the statutory framework for asserting civil rights, demanding protection from environmental harms, and claiming compensation for losses from anticonsumer business practices; .... HENSLER, Deborah R., *ibid.*, p. 8.

<sup>145</sup> Class litigation may impose costs on economic actors that are larger than any benefit it creates, thereby diminishing social welfare. Placing responsibility for social reform and public policy in appointed judicial decision makers (much less lay jurors) rather than elected legislators may produce outcomes that are not supported by the majority of citizens. Permitting lawyer-entrepreneurs to bring vast lawsuits that enrich themselves more than they benefit any individual class member may bring the legal system into disrepute and ultimately erode the rule of law. To date, no credible analysis of the actual benefit-cost ratio has been conducted in any jurisdiction that has adopted a class action procedure, so the actual consequences are unknown. HENSLER, Deborah R., *ibid.*, p. 10.

<sup>146</sup> Taken together, these consequences have enormous potential to deter institutional and corporate wrongdoing and to shift the balance of power between citizens and their governments, employees and employers, and consumers and manufacturers and service providers. HENSLER, Deborah R., *ibid.*, p.9.

grandes corporações, como é o caso recente das ações que buscam indenizações no que se designou a crise dos opioides<sup>147</sup>.

Pensar na atuação do Ministério Público no aprimoramento da correspondência entre as soluções apresentadas pelo sistema judicial e as expectativas de justiça em uma democracia contemporânea, a partir da experiência americana das *class actions*, exige que se ingresse na discussão sobre a *representação adequada*, requisito indispensável à certificação da atuação coletiva nos Estados Unidos<sup>148</sup>.

Na configuração clássica do processo civil, a legitimidade da parte surge a partir de uma relação de direito material. Assim, se A não paga uma dívida a B, B possuirá legitimidade ativa para pleitear em juízo de A os valores que lhe são devidos.

Em uma *class action*, a legitimidade se submete a um filtro de *representação adequada* que, nas palavras de Antonio Gidi, tem por objetivo “minimizar o risco de colusão entre as partes, incentivar uma conduta vigorosa pelo ‘representante’ e pelo advogado na tutela dos interesses do grupo e assegurar que se leve para o processo a visão e os reais interesses de todos os membros do grupo.”.

A *representação adequada*, disciplinada na legislação federal na *Rule 23(a)* da *Federal Rules of Civil Procedure* tem uma preocupação muito própria ao direito americano de minimizar o risco de o resultado da *class action* consolidar uma situação prejudicial aos representados. De fato, a viabilização da demanda coletiva, e mesmo a sua força, vem acompanhada da racionalização do procedimento, o que praticamente elimina a possibilidade de uma invocação individual do *day in court* sobre a matéria discutida na *class action*, mesmo no caso de derrota<sup>149</sup>. Daí a importância de a Corte ter a certeza de que o representante escolhido tem efetivas condições de viabilizar de forma mais ampla possível a realização das pretensões do

<sup>147</sup> <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-announces-global-resolution-criminal-and-civil-investigations-opioid> visualizado em 21/04/2022.

<sup>148</sup> “Todos esses elementos (representados exemplificativa e sinteticamente acima) devem ser avaliados pelo magistrado do processo diante do caso concreto e durante todo o curso da causa. Apenas quando obtida a ‘certificação’ para a demanda coletiva – com a demonstração do preenchimento de todas essas circunstâncias – pode a causa seguir como *class action*.”

Desse modo, as Cortes norte-americanas fazem um severo exame prévio, que inclui, como é fácil perceber, uma análise sobre o próprio mérito da causa, a fim de admitir a demanda como coletiva. Isso importa um elemento de obstaculização das demandas (pretendidas como) coletivas, havendo várias situações para as quais a solução coletiva poderia ser interessante, mas que, à míngua da demonstração da satisfação dos requisitos, não recebem essa forma de proteção.” ARENHART, Sérgio Cruz, **A tutela coletiva de interesses individuais – Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014, p. 95.

<sup>149</sup> Embora excepcionalmente seja possível a rediscussão da matéria quando a Corte reconhece que os interesses coletivos não foram adequadamente representados. Daí a importância também para os réus da *class action* garantir a representação adequada, porque senão poderão repetidas vezes ter de responder a novas ações sobre a mesma matéria.

interesse coletivo<sup>150</sup>, ou, em outras palavras, “assegurar, tanto quanto possível, que o resultado obtido com a demanda coletiva não seja substancialmente diverso daquele que seria obtido, se os membros do grupo pudessem defender pessoalmente os seus direitos em juízo.”<sup>173</sup>. Como não deixa de ser utópica a ideia de uma composição perfeita dos interesses dos representados com a veiculação desses interesses em juízo pelo representante, é garantido ao representado (*class member*) negar sua participação na *class action* exercendo o *opt-out*<sup>151</sup>, de modo a preservar seu direito de ação independentemente do resultado da ação coletiva<sup>152</sup>.

Embora no sistema americano haja uma certa artificialidade no vínculo entre o autor da causa e o titular do direito pleiteado<sup>153</sup>, a legitimidade é ampla, apenas se submetendo ao controle judicial da representação adequada. A realidade do processo coletivo no Brasil é diversa, uma vez que a legitimidade para a causa não decorre de uma relação de direito material, mas sim de disposição legal/constitucional.

Apesar dessa importante diferença, que reflete muito dos contornos próprios que os conflitos envolvendo direitos coletivos assumem na realidade brasileira, não se pode deixar de notar um forte movimento de processualistas que buscam a inserção da representação adequada no direito brasileiro, seja através de alteração legislativa, seja mesmo através de uma interpretação extensiva que a compreenda como um desdobramento necessário do devido processo legal, assim como o faz o direito americano. No caso do Ministério Público<sup>154</sup>, no entanto, os argumentos não impressionam, não havendo maior sustentação jurídica a viabilizar a acolhida da tese. Em primeiro lugar as peculiaridades das atribuições institucionais do Ministério Público no Brasil não têm qualquer paralelo no panorama das *class actions*. Assim como não faz sentido questionar a representação adequada do Departamento de Justiça Americano na persecução criminal, em que ele se substitui ao interesse difuso de ver responsabilizados criminalmente aqueles que praticam crimes federais, também não parece

---

<sup>150</sup> Optou-se pela utilização da denominação *interesse coletivo* porque essa costuma ser a realidade mais comum nas *class actions* americanas. <sup>173</sup> GIDI, Antonio, *ibid.*, p. 79.

<sup>151</sup> No caso do dissenso em relação a um acordo formalizado no curso de uma *class action*, a denominação utilizada é *objection* ou *right to object to a settlement*.

<sup>152</sup> Em um dedicado estudo desenvolvido pelos Professores Theodore Eisenberg e Geoffrey Miller, que analisou dez anos de *class actions* (de 1993 a 2003), identificou-se menos de 1% dos representados exercendo seu direito de *opt-out*. Com esse resultado concluíram os pesquisadores que o *class counsel*, ou seja, o escritório de advocacia designado para representar os autores, é quem controla o litígio. EISENBERG, Theodore, MILLER, Geoffrey, *The Role of Op-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, in *Vanderbilt Law Review*, Volume 57, Issue 5, October 2004, p. 1533.

<sup>153</sup> O que se vê com certa frequência são escritórios de advocacia especializados em *class actions* garimpando causas, muitas vezes sem maior contato com os titulares dos direitos pleiteados.

<sup>154</sup> Não se pretende aqui discutir a representação adequada em relação aos demais legitimados legais, em que podem efetivamente ser levantadas consistentes objeções como o faz Antonio Gidi, dando o exemplo de um sindicato de metalúrgicos defendendo o meio-ambiente. GIDI, Antonio, *ibid.*, p. 80.

razoável na realidade brasileira estabelecer critérios para aferir a real capacidade do Ministério Público de atuar em juízo na defesa de direitos cuja proteção lhe foi atribuída por disciplina constitucional. Em outras palavras, não há espaço no processo civil brasileiro para que o juiz realize uma avaliação *prognóstica* das condições que o Ministério Público possui para ajuizar adequadamente uma ação civil pública, como pretendem alguns respeitáveis juristas<sup>155</sup>.

E com essa afirmação não se quer tirar razão daqueles que criticam uma possível leniência burocrática que possa atuar em prejuízo dos direitos representados. De fato, por maior que seja o rigor no recrutamento dos seus quadros, qualquer instituição, aí incluídos o Ministério Público e o Judiciário, pode apresentar deficiências no desempenho de seus profissionais, mas isto é questão para ser resolvida no âmbito disciplinar e não para ser utilizada como fundamento para restringir suas atribuições institucionais. Assim como o membro do Ministério Público pode apresentar uma atuação deficiente no ajuizamento de uma ação civil pública, também é possível que o juiz não tenha uma visão compreensiva da importância dos direitos postos em discussão e nem por isso se pensará em substituir o Poder Judiciário como órgão julgador. Simplesmente não se encontra espaço em nosso ordenamento para que se retire a atribuição constitucional do Ministério Público em determinada ação porque o agente que a subscreveu não foi considerado pelo juiz da causa suficientemente competente para defender o interesse coletivo.

Mais do que isso, a pretexto de uma muito discutível maior eficácia do processo coletivo, mostra-se temerário criar condicionantes a uma instituição incumbida constitucionalmente de funcionar como garante dos interesses metaindividuais. Para quem acompanha a realidade do processo coletivo brasileiro, estabelecer como condição para sua atuação um referendo judicial de representação adequada do Ministério Público significará apenas a possibilidade de ser levantada mais uma preliminar processual que se prestará muito adequadamente a favorecer o *status quo*, seja inviabilizando a apreciação da causa, seja atrasando o seu processamento, com a criação de diversos incidentes processuais, tudo em detrimento dos direitos que se buscava tutelar.

Ademais, a *representação adequada*, transposta à realidade brasileira, deve ser extraída do mecanismo constitucional e legal que disciplina a atuação do Ministério Público e que lhe garante, de um lado, todos os instrumentos possíveis para buscar a correspondência entre a

---

<sup>155</sup> “O constituinte ou o legislador, em seus gabinetes, simplesmente fizeram uma seleção ampla e abstrata daquelas entidades que poderiam, em tese, representar os direitos de grupo em juízo, ao permitir que uma associação ou o MP proponham uma demanda coletiva. Não pode ter sido o objetivo do legislador ou constituinte permitir que qualquer associação ou promotor o faça de forma incompetente e vincule o grupo que representa.” GIDI, Antonio, *ibid.*, p. 84.

causa que levará em juízo e os interesses metaindividuais a serem protegidos, e, de outro, exige um compromisso com a ordem jurídica e com a constitucionalidade democrática que o afasta de uma *interessada*<sup>156</sup> *conduta vigorosa* em favor dos interesses substituídos quando há o risco de prejuízo a outros bens jurídicos tutelados pela ordem constitucional. Assim, se, por exemplo, uma ação civil pública ajuizada para garantir água potável a uma comunidade quilombola pretende ser satisfeita com uma degradação ambiental ou com uma licitação fraudulenta, não se pode reclamar de uma ausência de representação adequada na oposição do Ministério Público à solução apresentada. Ao contrário, é exatamente essa multiplicidade de interesses postos sob sua guarda que lhe assegura a mais ampla representatividade no ajuizamento de uma ação civil pública.

Embora a *class action* tenha servido de modelo à tutela coletiva no Brasil, as realidades de sua implementação em um e outro país são muito diversas. Além do, ainda recente, vácuo democrático de vinte anos, a estrutura patrimonialista brasileira<sup>157</sup> é impressionantemente mais acentuada do que nos Estados Unidos e tudo isso em um panorama de intenso contraste social, extremamente favorável a excessos do poder econômico e político, como aliás se viu na história de Belo Monte. Portanto, não podem servir de exemplo, para demonstrar a necessidade de submissão do Ministério Público a um controle judicial da representação adequada, as usuais ações consumeristas que pululam no sistema judicial americano e que têm como palco uma sociedade que já atingiu uma suficiente equalização social que a permite desenvolver estudos sobre institutos processuais a partir de uma discussão sobre propaganda enganosa, ou sobre o defeito de um produto. Embora não se negue a relevância dessas questões, a realidade das ações civis públicas no Brasil tem muito mais proximidade com o caso Brown, em que direitos humanos essenciais são violados, do que com medidas que busquem garantir uma indenização a consumidores lesados pela comercialização de um produto fora das exigências legais. Lembrando Raimundo Faoro, de nada adianta deitar “remendo de pano novo em vestido velho, vinho novo em odres velhos”<sup>158</sup>, porque não é de uma impressão efêmera de renovação que precisamos. Em um ambiente ainda muito avesso ao reconhecimento dos direitos

---

<sup>156</sup> Porque no modelo americano a recompensa vem normalmente através dos honorários advocatícios, e não em razão do cumprimento de um dever do ofício. Por isso, “é possível que um advogado, licitamente, faça com o réu um acordo que beneficie mais a si mesmo do que à classe. No modelo brasileiro, isso não é possível, em razão da ausência de interesses pessoais ou institucionais do representante no resultado do processo.” VITORELLI, Edilson, **O devido processo legal coletivo – Dos direitos aos litígios coletivos**, 2ª ed., Thompson Reuters, Brasil, 2019, p. 383.

<sup>157</sup> Ainda lamentavelmente atual a conclusão de Faoro quando sentencia que “A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. O súdito, a sociedade, se compreendem no âmbito de um aparelhamento a

<sup>158</sup> FAORO, Raimundo, *ibid.*, p. 837.

metaindividuais, a ação coletiva titulada pelo Ministério Público se mostra instrumento essencial à consolidação de uma justiça democrática, o que não se consegue condicionando-se sua ação a requisitos formalistas, de aferição impregnada de discricionariedade (especialmente porque absolutamente estranha à nossa tradição processual).

Essa enfática rejeição à representação adequada como um filtro judicial da viabilidade de uma ação civil pública promovida pelo Ministério Público não pretende, contudo, afastar de forma absoluta a importante referência dogmática que ela traz para o processo coletivo. De fato, soa pueril atribuir à legitimação constitucional, ou legal, a suficiência para o ajuizamento de uma demanda que contenha a complexidade que normalmente ronda os litígios metaindividuais. Ao legitimado cabe muito mais do que a simples formatação jurídica dos fatos e sua apresentação em juízo. Como ensina Walter Rothenburg, “num ambiente democrático, não pode ser desprezada a participação popular na definição das prioridades e na disposição de meios e modos, sendo essencial ‘o acesso à informação dos critérios utilizados pelo Estado’ (GOTTI), ou por quem tenha a incumbência de realizar os direitos.”<sup>159</sup> Sem o desenvolvimento de uma compreensão que permita que ele atinja uma razoável *identificação* com as expectativas de justiça relacionadas aos direitos tutelados, a ação coletiva dificilmente irá além de uma peça burocrática a ornar estatísticas ocas, incapazes de significar efetivos avanços na proteção dos direitos metaindividuais.

É essencial então compreender que, a não ser em casos excepcionais, de iminente risco ao bem que se pretende tutelar (o que pode precipitar o ajuizamento da demanda, com pedidos cautelares), o trabalho do Ministério Público não nasce com o ajuizamento da ação. Qualquer ação civil pública deve ser precedida de uma instrução necessária à formação da convicção ministerial. Mais do que isso, em um conceito muito próprio à democracia, a investigação deve buscar a aproximação com os titulares dos direitos violados, de modo a permitir, como se indicou no parágrafo anterior, a construção de uma *identidade* com a causa que se pretende assumir<sup>160</sup>. No caso de interesses difusos, como a defesa do meio ambiente, ou do patrimônio histórico, esse processo investigativo deve servir a suprir toda e qualquer deficiência técnica que possa se voltar contra a correta delimitação, e adequada compreensão, do direito tutelado.

<sup>159</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius, *op.cit.*, p. 107.

<sup>160</sup> Conforme ensina Alexandre Gavronski, “O exercício da legitimidade coletiva é, em si, expressão da democracia participativa (e, como tal, do Estado Democrático de Direito), pois os legitimados atuam diretamente na construção de soluções jurídicas destinadas a equacionar questões de interesse social. Segundo o princípio em referência, esses legitimados, sempre que possível e na medida da amplitude e pluralidade dos interessados (titulares dos direitos e interesses defendidos), devem ampliar a participação destes na referida construção.” **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010, p. 283 <sup>184</sup> No Ministério Público Federal disciplinadas pela LC 75/93, art. 8º.

Essa é a ordem de atuação do Ministério Público que permite que ele represente adequadamente os interesses substituídos no ajuizamento de uma ação civil pública.

Vale lembrar todo o instrumental posto à disposição para garantir que essas tarefas sejam realizadas a contento. Além dos poderes legais de requisição de documentos, intimação de testemunhas, e requisição de serviços temporários da Administração Pública, entre outras tantas prerrogativas legais<sup>184</sup>, há uma preocupação administrativa em desenvolver e qualificar uma assessoria técnica nos mais diversos campos do conhecimento que possibilita uma atuação consciente dos problemas enfrentados<sup>161</sup>.

Assim, voltamos a insistir, não faz sentido ignorar todo o aparato constitucional e legal que habilita adequadamente o Ministério Público a figurar como o defensor mais óbvio dos direitos metaindividuais para se fiar em uma construção teórica muito própria à realidade americana e que aqui não faria mais do que inviabilizar em muitos casos o acesso judicial a esses direitos.

### ***Um processo sem Juiz***

Sem o peso da imparcialidade<sup>162</sup>, quando se trata de defender direitos fundamentais, a instrução extrajudicial da causa permite ao Ministério Público uma maior permeabilidade às demandas metaindividuais por conta de um contato mais direto com as realidades de violações constitucionais. Além disso, a investigação desenvolvida no âmbito de um inquérito civil público, instrumento legal atribuído ao Ministério Público para averiguar possíveis violações a direitos metaindividuais, tem espectro amplo de conhecimento, não se limitando às fundamentações expostas em uma inicial, ou aos tradicionais causa de pedir e pedido. Do

---

<sup>161</sup> No Ministério Público Federal há o Centro Nacional de Perícia(CNP) com a seguinte estrutura: Assessoria Nacional de Perícia em Engenharia e Arquitetura – ANPEA; Assessoria Nacional de Perícia em Contabilidade e Economia – ANPCE; Assessoria Nacional de Perícia em Meio Ambiente – ANPMA; Assessoria Nacional de Perícia em Antropologia – ANPA; Assessoria Nacional de Perícia em Tecnologia da Informação e Comunicação – ANPTIC e Assessoria Técnica em Geoprocessamento – ASTEC/GEO. Ver <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sppea/area-de-atuacao>, visualizado em 15/04/2022.

<sup>162</sup> “Convém à imparcialidade que o juiz não possua um posicionamento prévio sobre a causa que lhe é submetida a apreciação, para que forme sua convicção tão só a partir dos elementos de prova que são trazidos aos autos pelas partes e os que ele próprio determina sejam produzidos após iniciado o processo. Ainda que essa imparcialidade não requeira neutralidade, pois a ninguém se pode exigir a abstração de suas convicções pessoais para julgar, ela conflita com um prévio e aprofundado envolvimento com a questão capaz de estabelecer no juiz um préjulgamento. (...) Todas essas exigências, ao tempo em que servem a permitir um julgamento imparcial, criam um tal distanciamento da questão de fato que, em situações acentuadamente complexas terminam por comprometer a percepção de todos os seus aspectos e dificultar a identificação de uma solução que contemple as nuances do caso...” GAVRONSKI, Alexandre Amaral, *ibid.*, p. 258-259.

mesmo modo, a ideia clássica de contraditório é mitigada por um propósito voltado, não raras vezes, a integrar os envolvidos de forma colaborativa na proteção dos direitos violados<sup>163</sup>.

Vale trazer, neste passo, um exemplo muito próprio à realidade brasileira em que a solução de um conflito envolvendo políticas públicas, agressões ambientais e questões sociais foi atingida, sem a necessidade de intervenção judicial, a partir do papel de *coordenação* pelo Ministério Público dos diversos interesses que, de visceralmente contrapostos, passaram a ser convergentes.

Um grupo de vinte famílias, sofrendo com a desigualdade social e o déficit habitacional, promoveu a invasão de uma área de mangue, aterrando áreas que eram alagadas pelo fluxo das marés e promovendo intensa degradação ambiental, com o despejo do esgoto doméstico diretamente nas partes da vegetação que ainda não haviam sido destruídas. Próximo à área invadida, e talvez o caminho que o grupo de vinte famílias utilizou para chegar ao mangue, estava sendo dado início às obras de um loteamento regular que se previa dotado da mais ampla infraestrutura, inclusive para a preservação do manguezal. Não era possível identificar um real interesse na ocupação da área por parte de nenhum dos interessados. Para as famílias, a área era insalubre, sujeita aos humores da natureza, sem alimentação de energia elétrica, água e saneamento básico, além de se situar a uma razoável distância do sistema de transporte coletivo. Para a Prefeitura, a invasão representava um desarranjo em seu projeto urbanístico e de preservação ambiental, com o qual havia se comprometido com organismos internacionais para a obtenção de linhas de crédito que garantiriam a instalação de rede de coleta de esgotos em grande parte do Município. Para o empresário que iniciava a implantação do loteamento, o aterro realizado no mangue poderia modificar a geografia do local a ponto de inviabilizar grande parte das obras previstas.

O procedimento que se iniciou no Ministério Público em razão da degradação ambiental logo teve ampliado o seu objeto à questão social que envolvia o interesse coletivo dessas vinte famílias. Além da habitação adequada, o contato com a realidade da ocupação exigiu que também fizessem parte do procedimento a educação infantil e o acesso à saúde. Então, se em um primeiro momento a retirada das famílias, com a subsequente recomposição ambiental, colocava do mesmo lado o Ministério Público, o Município e o empresário, a

---

<sup>163</sup> Conforme enfatiza Geisa Rodrigues, “Para o exercício dessa função o Ministério Público deve se demitir do ranço de acusador e compreender que, em muitos casos, a proteção do direito transindividual demanda uma complexa conjugação de esforços, porque as causas de seu desrespeito vão muito além da responsabilidade dos administradores de ocasião. Deve ser evitado, contudo, o risco de o Ministério Público assumir qualquer compromisso político que menoscabe sua isenção na defesa do ordenamento jurídico.” *ibid.*, p. 91.

instrução do procedimento, com os depoimentos de todos os lados e as contínuas reuniões realizadas, fez com que os polos do conflito se tornassem progressivamente bem mais fluidos.

Após um processo de conhecimento da realidade ambiental e social do local, a proposta de uma justiça colaborativa, coordenada administrativamente pelo Ministério Público, e não adversarial, permitiu que as vinte famílias, que viviam há pouco mais de quatro meses em uma estrutura precária e em um local insalubre, fossem remanejadas para um projeto de loteamento popular da Prefeitura. O mangue, na medida do possível, foi recuperado pelo empresário, tendo, posteriormente, sido inserido em um projeto de especial proteção da Prefeitura, evitando-se, assim, novas invasões.

Ficou claro que a evolução do procedimento não poderia se dar de forma linear, nem temporal, nem espacialmente. Muitas reuniões, e não audiências, foram feitas no local da ocupação, em razão da dificuldade de deslocamento dos representantes das famílias. Também não se considerou como definitivas todas as manifestações das partes, pois a preocupação primeira era a de se viabilizar a proteção de todos os direitos metaindividuais envolvidos, o que precisou considerar a mutação dos interesses das diversas partes envolvidas ao longo do processo de solução do conflito. Por fim, a atuação do Ministério Público seguiu acompanhando a implementação dos compromissos que foram tomados pelas partes por um bom tempo, a fim de garantir seu efetivo cumprimento.

Como se vê, o trabalho do Ministério Público permitiu que as expectativas de justiça individuais fossem progressivamente aproximadas das expectativas de justiça de um Estado Democrático, contribuindo para isso, inclusive o tempo de solução dos conflitos, que não precisou se submeter aos diversos recursos protelatórios e às formalidades de um processo pensado essencialmente para solver questões privadas, com demanda e partes bem delimitadas.

Além dos instrumentos administrativos, uma outra ferramenta importante da atuação do Ministério Público se identifica em sua peculiar desenvoltura para conduzir audiências públicas.

Através da audiência pública há uma aproximação da democracia direta, na medida em que são as pessoas que sofrem os efeitos concretos decorrentes das ações do Estado que serão ouvidas, pessoalmente ou através de entidades que gozem de legitimidade para representá-las. Nas palavras precisas de Alexandre Gavronski, “Na audiência pública sobressai um caráter participativo próprio do Estado Democrático de Direito, na medida em que o instrumento permite importante abertura para o pluralismo que caracteriza as sociedades complexas

hodiernas, fragmentadas em grupos com interesses muitas vezes colidentes entre si, e não plenamente contemplados no cenário político formal.”<sup>164</sup>

Embora também seja usada largamente no âmbito judicial<sup>165</sup>, a audiência pública conduzida pelo Ministério Público, no âmbito administrativo, assume a especial característica de partir de uma tentativa de equalização da desigualdade que normalmente orienta as disputas desses interesses, permitindo maior expressividade aos direitos metaindividuais. Em outras palavras, se a postura que o juiz deve assumir diante das partes não lhe abre maior espaço para agir proativamente em favor de uma área ambiental prestes a ser devastada por um empreendimento hoteleiro, ou em favor de uma comunidade de pescadores afetada pelo vazamento de óleo de um navio petroleiro, a mesma restrição não se impõe ao Ministério Público, porque é da sua essência institucional exatamente a proteção desses bens.

Assim, se o direito americano é pródigo, e pioneiro, em soluções estruturais que garantem uma expansão democrática dos direitos metaindividuais, a sua utilização como referência para o direito brasileiro não pode deixar de considerar a profunda diferença institucional que permite ao Ministério Público ocupar um espaço híbrido de magistradoadvogado que supera muitas das objeções levantadas ao ativismo judicial e mesmo aos métodos alternativos à adjudicação, como se verá na sequência deste trabalho.

---

<sup>164</sup> *ibid.*, 318-319.

<sup>165</sup> Embora não demonstrem especial interesse a este estudo, porque mais relacionadas à ciência política, também o Legislativo e o Executivo realizam amiúde audiências públicas.

## Capítulo 5

### Acordos

Embora a diversidade cultural e social que marcam os dois países, a construção teórica das ações coletivas no Brasil deve muito às *class actions* e à sua abordagem inclusiva, com uma rica história de contribuições ao Estado Democrático que vão desde uma revolução política e cultural até um controle de abusos do governo ou de grandes corporações. Nem tudo nos serve, como visto no capítulo anterior, mas há um elemento próprio ao sistema jurídico americano que por muito tempo não foi suficientemente considerado como relevante para o desenvolvimento dogmático das ações coletivas no Brasil. *Os acordos dominam o cenário das class actions. A imensa maioria das ações civis certificadas para serem processadas como uma ação de classe termina em um acordo e não em um julgamento.*

Então, antes de nos preocuparmos com requisitos que são muito próprios à realidade americana, devemos indagar por que a tutela coletiva no Brasil ainda utiliza de forma tão tímida um instrumento que, em solo americano, sobrepõe-se com folga aos resultados da adjudicação, tanto em termos de números, quanto em termos de eficácia na defesa dos direitos tutelados.

A primeira, e talvez a mais forte, visão que estudiosos da *civil law* têm do sistema judicial americano é o seu inequívoco pragmatismo<sup>166</sup>. Questões que geram intermináveis debates e aprofundadas teses entre os adeptos do direito continental europeu sequer são imaginadas no direito americano, o que, para alguns apressados, poderia indicar pouca elaboração e superficialidade. Essa percepção, muito relacionada com a grande barreira

---

<sup>166</sup> Pragmatismo que não está infenso a críticas, como se percebe neste agudo trecho de Taruffo e Cavallone, *El extranjero que cultive una actitud superficial de admiración por el sistema procesal norteamericano es naturalmente libre de hacerlo, cualesquiera sean sus fuentes de información (y sobre todo si éstas son inadecuadas); tal vez, sin embargo, su alta estima por aquél disminuiría de intensidad si profundizase en el análisis de cómo funciona —y cómo no funciona— el adversarial system norteamericano. Desde este punto de vista, el libro de Robert Kagan que recién he citado es realmente esencial. También aquí, además, es útil entendernos acerca de lo que se está hablando. Es obvio que no pretendía atacar o destruir nada. No sufro de delirio de omnipotencia y no soy tan tonto como para considerar que mis argumentos (o los de otros más informados que yo) puedan cambiar la administración de justicia en Estados Unidos. Solo he observado que por varias razones, sobre las cuales no me extiendo aquí, el adversarial system no está estructuralmente orientado a la búsqueda de la verdad, como por lo demás han dicho, entre muchos, los autores que he citado poco antes: lo que constituye justamente una virtud a los ojos de quien aprecia el sistema, es un grave defecto a los ojos de otros que —justamente— se preocupan también de la calidad de la decisión. Si en aquella sociedad, como explica muy bien Kagan, la moral social prevaleciente está basada en un individualismo competitivo y adquisitivo que se expresa en el adversarial legalism y permea todos los sectores del ordenamiento jurídico, no queda más que reconocerlo. Esto no implica, sin embargo, que se deba necesariamente compartir una ideología según la cual la justicia equivale a la victoria del más fuerte en una competición solo formalmente (la igualdad real de las armas*

historicamente cultivada entre os dois sistemas, tem sido superada pela atenção que se tem dado à significativa diferença entre os resultados que um e outro logram oferecer em termos de realização de Justiça. O excesso de formalismo, que sempre orientou nosso direito, e que segue sendo apontado como um frequente empecilho à adequada prestação jurisdicional, paulatinamente tem perdido sua importância como um discurso necessário à segurança do direito. Relevante avanço nesse sentido pode ser percebido com a simplificação, de índoles material e procedimental, que as formas alternativas de resolução de conflitos trouxeram ao processo brasileiro<sup>167</sup>.

E não é possível esconder a reverência que o nosso direito prestou ao americano nas alterações legislativas que insistentemente têm procurado modificar a cultura centenária de adjudicação que orienta o sistema de justiça no Brasil.

No entanto, a partir da percepção de que o gongorismo acadêmico, praticado com maestria no direito brasileiro, continua a contribuir com o seu hermetismo e com uma insistente preocupação com teorias voltadas à erudição, mas com pouco apelo prático, começa a fazer sentido a preocupação sobre a *tropicalização* dos instrumentos jurídicos importados recentemente da *common law*<sup>168</sup>. De fato, não há como ignorar os riscos de que a interpretação que se dê a esses novos institutos acabe lhes emprestando pequena ou nenhuma eficácia e se retorne a propostas anacrônicas e comprovadamente inócuas para a solução do gargalo da prestação jurisdicional<sup>169</sup>.

Daí parece oportuno revisitar histórico artigo escrito em 1984 por Owen Fiss, da Universidade de Yale, em que, de forma incisiva, são tecidas severas críticas ao acordo como alternativa à decisão judicial.

Ora, se um jurista da estatura do Professor Fiss, inequivocamente ambientado no direito americano, já deixava clara, há mais de 35 anos, sua aversão aos caminhos alternativos

---

<sup>167</sup> Embora de pouco resultado prático como se percebe nas estatísticas de 2021 do Relatório da Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça, que aponta um índice de conciliação de 8,9% na Justiça Estadual e de 8,0% na Justiça Federal.

<sup>168</sup> “Obviamente, a economia é sim uma das ciências do comportamento que ajudaram a quebrar a *casca formalista* do *common law*. Isso porque o paradigma do *homem racional*, pronto para fazer escolhas que impactem positivamente em sua função de utilidade, retira o juiz da posição de aplicador mecânico da lei(estatutos), ou das hercúleas tarefas prescritas por Dworkin, para recolocá-lo como um *tomador de decisão* que responde a desejos, ideologias, carga de trabalho, lazer e também à própria lei. (...) No Brasil, boa parte das normas e da doutrina de direito processual não utiliza técnicas de entendimento do comportamento humano, nem está voltada para um objetivo palpável (aumento do bem-estar social), resultando em mecanismos que acabam agravando o cenário de *tragédia da justiça*.” WOLKART, Erik Navarro, **Análise econômica do processo civil**, 2ª ed., Thompson Reuters Brasil, São Paulo, 2020, p 133-135.

<sup>169</sup> “O discurso básico e recorrente, nessa matéria, busca atrelar a intensidade do acesso à Justiça ao *exercício de cidadania*, induzindo uma avaliação calcada numa base meramente quantitativa: o número exorbitante de processos judiciais pendentes representaria, segundo tal argumento, abundância da oferta de justiça estatal, e, da parte do jurisdicionado, uma difusa crença na efetividade de tal sistema. Não é preciso grande esforço mental para

à adjudicação dos conflitos, inevitável que surja uma dúvida sincera sobre essa pretensa panaceia prometida pelos acordos e talvez se possa concluir que a razão está com aqueles que criticam sua capacidade de pôr fim a conflitos coletivos no processo brasileiro. Então, antes de se desenvolver um tópico sobre o papel que os acordos formalizados pelo Ministério Público podem desempenhar na construção de uma expectativa democrática de justiça, é preciso afastar qualquer ambiguidade sobre a importância dos acordos na proteção dos direitos metaindividuais.

No artigo, Owen Fiss aborda quatro tópicos que, na sua visão, justificam *ser contra o acordo*: o desequilíbrio do poder, a ausência de consentimento legítimo, a falta de uma base para o envolvimento judicial continuado e a maior importância da justiça sobre a paz

### ***O desequilíbrio do poder***

Em pleno século XXI, não se discute mais sobre a igualdade enquanto referência de comportamentos das pessoas e do próprio Estado. Nenhuma política pública ou iniciativa legislativa é aceita se trazer algum caráter discriminatório, a não ser que seja exatamente essa discriminação um instrumento de igualdade substancial dos indivíduos.

Essa percepção se transfere aos conflitos. Excluídos os casos de patologia social (para os quais haverá indiscutivelmente a necessidade de adjudicação<sup>170</sup>), não se cogita de uma hierarquia de direitos abstratamente fundada no poder econômico, político, religioso, ou qualquer outro. O ponto inicial para a discussão da pendenga é o mesmo para todas as partes, o que não impede que cada uma procure se impor sobre a outra, utilizando-se de todas as ferramentas de que dispõem, entre elas as relacionadas por Fiss; maiores condições de previsibilidade da solução do litígio e maior suporte financeiro, e, portanto, maior capacidade de financiar o processo e menor premência do bem pretendido.

A vantagem da solução jurisdicional visualizada por Fiss estaria em trazer a contenda para um ringue público, em que a ideia de igualdade poderia ser reiterada e ostensivamente proclamada.

---

<sup>170</sup> Do qual seria exemplo um acordo formalizado entre imigrantes bolivianos trabalhando informalmente para indústrias têxteis. Evidente que não há como acreditar na seriedade de qualquer tratativa ou discussão para a sua formalização.

No entanto, a mera mudança do palco não diminui os músculos e as habilidades marciais do lutador mais forte, nem o mais fraco automaticamente ganhará estatura e força para enfrentar seu adversário.

Mais interessante ainda notar que muitas vezes não é simples perceber quem dispõe de mais força no conflito. Charles Silver, Professor na Universidade do Texas, preocupou-se em analisar críticas às *class actions* que já vêm de longa data, inclusive por parte de alguns renomados juristas americanos<sup>171</sup>, diante da percepção de que as certificações constituem o início de uma *verdadeira extorsão* contra as empresas ou instituições demandadas, o que demonstraria uma desigualdade **em favor** dos autores coletivos, presumidamente, na visão de Owen Fiss, a parte fraca na negociação<sup>172</sup>. Na linha dessa discussão, não se pode ignorar o crescimento das *powerhouse plaintiffs' law firms*, grandes escritórios de advocacia altamente especializados na defesa de interesses coletivos e com suficientes condições financeiras de bancar por si mesmos o processo litigioso<sup>173</sup>.

O que se percebe, portanto, é que nem há como estabelecer regras abstratas de presumida superioridade de uma parte em relação à outra, nem como imaginar que a desigualdade no acordo não se transferirá à desigualdade no processo.

Na realidade brasileira, aliás, a desigualdade não raras vezes pende não em favor do mais forte, mas daquele que tem o pior direito, e que encontra na adjudicação o mecanismo ideal para postergar o cumprimento de suas obrigações<sup>174</sup>. E, no momento em que a jurisdição passa a ser vista como um refúgio a “maus pagadores”, surgem inevitáveis consequências a quaisquer mecanismos de consenso que se apresentem como alternativas.

Quando, por melhor que seja o direito pleiteado, ele precisa “ceder à demora do processo, o que confere ao réu condições para a estruturação e estratégias de protelação e, em

---

<sup>171</sup> Entre eles juristas que exerceram o cargo de juízes federais; Frank Easterbrook, Henry Friendly e Richard Posner.

<sup>172</sup> SILVER, Charles, *“We’re scared to death”: Class certification and blackmail*, New York University Law Review, vol. 78, 2003

<sup>173</sup> *These firms are capable of litigating against the largest, most powerful defense law firms in the country. They have the resources to mount fierce offensive discovery and litigate a defendant's refusal to produce discovery. Such firms can afford to hire the country's best expert witnesses and are equipped with the most sophisticated state-of-the-art equipment. They have the resources to comb through millions of documents produced by a defendant in search of a "smoking gun."* ISSACHAROFF, Samuel and KLONOFF, Robert H., *The Public Value of Settlement*, 78 Fordham L. Rev. 1177 (2009), p. 1180/1181. Disponível em: <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol78/iss3/5>

<sup>174</sup> “Nessa linha é fácil concluir que o autor com razão é prejudicado pelo tempo da justiça na mesma medida em que o réu sem razão é por ela beneficiado. Vistas as coisas através desse ângulo, fica muito claro o valor que o tempo possui diante desses conflitos” MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel, *Curso de ...*, *ibid.*, p. 250-251.

outras palavras, a possibilidade de abusar do seu direito de defesa.”<sup>175</sup>, a transposição do ambiente jurisdicional para o ambiente consensual apenas reforça a superioridade dessa parte que já no processo demonstrava não ter nenhum desejo de chegar à solução do conflito, porque sabe de antemão que ela lhe será desfavorável. Ou seja, garantido o amplo acesso à jurisdição, ou o *day in court*, quanto menor a probabilidade de se atingir uma sentença de mérito que se considere justa, maior a chance de o ambiente dos acordos ser pautado pela parte que menos tem razão. E o inverso também é plenamente válido. Quanto mais eficiente a função jurisdicional, mais equânimes se mostrarão os termos do acordo. Porque é importante que se note que a desigualdade não advém apenas das forças econômicas ou políticas, mas também de um sistema jurisdicional iníquo.

Com Luhmann, o direito atribui a si uma função motivacional<sup>176</sup>. O impulso a seguilo é tanto maior quanto maior a expectativa de ser recompensado, ou ainda, de não ser punido. Assim, reitere-se, se o processo judicial assume uma posição ambígua ou indolente em relação aos direitos violados que lhe são postos à apreciação, não há dúvidas de que está indiretamente reforçando a posição de uma das partes. Então não se trata apenas de uma desigualdade decorrente do maior ou menor poder financeiro, mas sim de um processo que, por sua ineficiência, acaba por ser um paradigma ruim à realização do acordo.

Um dos motivos para o processo ser uma má influência ao acordo pode ser encontrado em uma reverenciada ode ao formalismo, que serve muito mais a limitar a capacidade jurisdicional do que a garantir um processo *justo*. Evidentemente que não se pretende aqui desconsiderar a importância do devido processo legal, mas sim destacar que cultuá-lo em exagero muitas vezes não faz mais do que criar um anteparo honroso a opções políticas enrustidas, desprovidas de qualquer outro propósito senão o de negar alcance ou utilidade à jurisdição.

O próprio Fiss reconheceu em obra posterior o risco da perda da legitimidade judiciária a partir de sua burocratização, que tenderia a diminuir a percepção da individualidade de cada

---

<sup>175</sup> MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel, *Curso de...*, *ibid.*, p.251. <sup>201</sup> Voltando-se a Marinoni, Arenhart e Mitidiero, que captaram com maestria esse aspecto disfuncional da jurisdição – “ Não raro se ouve alguém argumentando que o autor deve fazer um acordo em razão de que ainda terá de aguardar muito o desfecho do processo. Réus mais cínicos chegam a dizer que, na falta de acordo, vão se valer de todas as manobras possíveis para que o processo dure o maior tempo possível. Tal ‘acordo’, assim, terá de dar algo ao réu em troca da demora, admitindo-se que o tempo do processo é um problema do autor ou deve ser por ele suportado.” *ibid.*, p. 251.

<sup>176</sup> LUHMANN, Niklas, *ibid.*, p. 171-172.

processo<sup>177</sup>, o que, transposto ao cotidiano do foro, pode ser compreendido na pouca expressão que assumem as decisões de primeira instância. De fato, um juiz que vê reiteradamente suas decisões se perderem em trâmites recursais, sem que consiga aplicá-las efetivamente, pode se acostumar à ideia de que quem decide, em verdade, são os Tribunais (e no Brasil há três tribunais em sequência que ativamente se dispõem a reavaliar as decisões de primeira instância), levando-o a uma decisão que Fiss caracterizou como um *embuste*, porque fruto de um poder exercido sem engajamento efetivo no diálogo processual.

Então, para além da discussão sobre a supremacia da jurisdição na garantia da igualdade das partes, a realidade brasileira indica uma simbiose entre acordos e adjudicações, de modo que os vícios e virtudes destas influenciam aqueles.

Apesar disso, não há como negar que o acordo, ainda que sofrendo reflexos de um sistema judicial pouco efetivo, serve para abreviar o tempo de espera por uma solução jurisdicional. Por outro lado, ao contrário da visão de Fiss, percebe-se na disposição ao acordo uma certa superação da utilização maliciosa das formalidades do processo, o que pode representar uma equalização das partes, que o juiz, num ambiente conflituoso, enfrenta maior dificuldade de obter. De fato, em um acordo sobreleva a importância da “confluência de soluções estratégicas, busca de saídas mais positivas à situação de aparente crise pelas quais se manifestam as relações interpessoais”<sup>178</sup>, superando-se a beligerância inerente ao processo judicial que, no contraditório *estimulado*, desenvolve-se em uma lógica de *tudo ou nada*.

---

<sup>177</sup> *Although the bureaucratization of the judiciary parallels similar developments in the other branches of government, it raises a unique challenge to the institution's legitimacy. The legislative and executive branches derive their legitimacy from their responsiveness to popular will, and bureaucratization acts as a screen that impairs the responsiveness of officials within these branches. With the judiciary, however, the impact of bureaucratization is felt in another domain altogether: Bureaucratization tends to corrode the individualistic processes that are the source of judicial legitimacy. (...) I am referring to the obligation of judges to engage in a special dialogue – to listen to all grievances, hear from all the interests affected, and give reasons for their decisions. Signing his or her name to a judgement or opinion assures the parties that the judge has thoroughly participated in that process and assumes individual responsibility for the decision. We accept the judicial power on these terms. Yet bureaucratization raises the specter that the judge's signature is but a sham and that the judge is exercising power without genuinely engaging in the dialogue from which his or her authority flows. FISS, Owen, *The Law as ...*, *ibid.*, p. 67.*

<sup>178</sup> DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia, *Ética e Comportamento das Partes no Novo processo Civil Brasileiro*, Juspodium, Salvador/BA, 2020, p. 415.

## A ausência de consentimento legítimo

A disponibilidade de justiça é um dogma nos estados modernos. Somente com o amplo acesso à jurisdição é que se garante que o direito seja, de fato, promotor da igualdade.

Assim, “A liberdade tem pouco valor quando aqueles que aparentemente a possuem não dispõem dos recursos necessários para dar eficácia a seus direitos. A sua liberdade de contratar um advogado nada significa quando todos os advogados cobram honorários, você não tem dinheiro e o Estado não ajuda.”<sup>179</sup>

Por isso, entre outras diversas formas de se instrumentalizar o acesso à justiça, se os honorários são caros, ou bem o Estado cria uma Defensoria Pública eficaz, ou bem cria instrumentos processuais que diluam o custo da demanda.

Há aí, no entanto, um efeito colateral indesejado. Quanto maior a facilidade de se ingressar com uma ação judicial, mais fácil é a construção de conflitos, que sequer seriam imaginados ou, então, que cederiam a uma solução simplificada, seja pelo acerto entre as partes, seja por liberalidade ou ausência de disposição à disputa.

Então, em essência, não cabe indagar sobre o consentimento legítimo apenas na formalização dos acordos, mas, antes disso, na própria propositura de uma *class action*, porque aqui, muito mais do que uma discussão sobre os limites da disponibilidade dos direitos dos autores no momento de um acordo, há uma relativização, ou até mesmo supressão, *da própria liberdade de não litigar*.

Não raras vezes, a *class action* nasce não espontaneamente de um conflito em si, mas a partir de uma elaborada construção jurídica que será apresentada aos potenciais autores coletivos como uma forma de ganho extra<sup>180</sup>.

Esse artificialismo da *class action* não compromete uma das grandes virtudes da ação coletiva, que é a de viabilizar a reparação de lesões que individualmente apresentam pouca significância, mas traz embutido um indiscutível déficit de disposição à litigância judicial e mesmo de compreensão do bem jurídico violado<sup>181</sup>. Justamente pelo pequeno impacto que a

<sup>179</sup> HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass R., *O custo dos direitos...*, *ibid.*, p.15.

<sup>180</sup> *In mass tort cases, a different pattern has emerged: increasingly, the lead counsel may engage in a nationwide solicitation for eligible plaintiffs, as in the Agent Orange action. In the Bhopal litigation, for example, one*

<sup>181</sup> “Outrossim, especificamente para algumas situações – a exemplo dos danos seriais de pequena monta – nenhum sentido existe na tentativa de preservação da liberdade individual. (...) Nenhum sentido faz, nesses casos, proteger a iniciativa autônoma do particular, que jamais virá a acontecer na prática.” ARENHART, Sérgio, **A Tutela Coletiva ...**, *ibid.*, p. 56.

lesão causa na vida das pessoas, que muitas vezes sequer percebem a sua existência, a judicialização do conflito está longe de ter por objetivo precípua atender aos interesses de seus autores. Se uma instituição financeira ao longo de um ano cobra indevidamente um real de cada um de seus trinta milhões de correntistas, deve-se compreender a ação coletiva de forma mais ampla do que a simples satisfação deste real aos clientes lesados.

Ora, se a própria natureza da ação coletiva não se mostra muito confortável com a ideia clássica de consentimento legítimo, então a crítica de Owen Fiss não se limita aos acordos, uma vez que mesmo a adjudicação não se mostrará apta a suprir o desejado envolvimento dos autores coletivos na sorte da causa postulada.

Assim, necessário que se entenda que, para além dos interesses individuais, as *ações coletivas* exercem uma importante função de contenção de excessos, especialmente do Poder Público e de grandes corporações, que não pode ser desconsiderada em qualquer discussão que pretenda reduzir o seu alcance.

Conforme ensina Elton Venturi, a efetividade esperada das “ações coletivas como instrumento determinante para o acesso à justiça” exige uma “necessária (...) revisão sobre a interpretação de institutos processuais clássicos, tais como a legitimação *ad causam*, a preclusão e a extensão dos efeitos das decisões liminares e finais, uma vez que a própria essência do direito tutelado requer visão diferenciada.”<sup>182</sup>

Ressalvados os excessos que justificaram as fundamentadas críticas às *class actions*<sup>183</sup> americanas, e, especialmente aos acordos nelas formalizados<sup>184</sup>, mas que, desvios que são, não servem para retirar a validade e importância do instituto, as ações coletivas se fazem com um esvaziamento da liberdade de disposição do direito postulado, que não pode mais ser compreendida dentro da visão individualista que sempre norteou o processo clássico.

Sobressai nas ações coletivas um efeito político de controle que se revela de extrema importância diante da complexidade das relações sociais que se desenvolvem na atualidade.

Os acordos nada mais fazem do que refletir essa mudança de paradigma na prevalência da vontade individual, não havendo razão nem para destacar a “ausência de consentimento

---

<sup>182</sup> VENTURI, Elton, **Execução da Tutela Coletiva**, Malheiros, São Paulo, 2000, p. 20.

<sup>183</sup> Entre elas sobressaem, como já se noticiou anteriormente, as que questionam sua utilização apenas para gerar honorários, ficando em segundo plano a efetiva satisfação das pretensões das vítimas individuais nela representadas.

<sup>184</sup> *We believe that settlement is a reality of all legal systems, and that settlement is normal and healthy. That is different from procedural developments that are aimed at either barring the courthouse door to classes of litigants or attempting to coerce settlements. These practices, and the vanishing trial rates, have led Judith Resnik to characterize appropriately the view of much of the judiciary that a trial is a "pathological event" that should be resisted at all costs. While we applaud the ability of the legal system to realize efficient and just settlements of civil disputes, we too worry over the equity of settlements achieved under a hammer.* ISSACHAROFF e KLONOFF, *ibid.*, p.1190.

legítimo” como uma das características, apenas, dos acordos e nem para considerá-la negativa em sua essência.

*A falta de uma base para o envolvimento judicial continuado.*

Em uma visão clássica de resolução de conflitos, eles se encerram ou com a prestação jurisdicional, ou, para o que nos interessa, com uma composição.

Há, no entanto, situações conflitivas que, de antemão, já se percebe sua incompatibilidade com decisões estáticas e únicas. Os casos de dessegregação mencionados por Fiss são exemplos óbvios de que os termos do acordo, e também a decisão judicial, nada mais são do que o início de um processo de correção de uma injustiça e não simplesmente da concessão do que foi postulado por uma das partes.

É o que acontece, por exemplo, na busca da implementação de políticas públicas por via judicial, em que a complexidade do provimento jurisdicional pretendido, muitas vezes de clareza pouco evidente para o próprio autor, dificilmente se compraz com apenas uma resposta, localizada no tempo do acordo ou da decisão do juiz. Mesmo casos aparentemente simples, como a reparação de uma área degradada, podem apresentar intercorrências, como uma enchente que carregue todas as mudas já plantadas, que vão exigir uma reavaliação dos termos das obrigações devidas pelo réu, sejam oriundas de um acordo, sejam decorrentes de uma decisão judicial.

Por isso, a compreensão das novas demandas, especialmente aquelas ligadas a direitos fundamentais que envolvam um número não preciso de pessoas afetadas, leva necessariamente à um redesenho da própria jurisdição, soando um tanto estranho imaginar que o juiz terá dificuldade de apreciar o caso porque “deve retrospectivamente reconstituir a situação como se encontrava quando a transação foi concluída e decidir se as condições atuais mudaram de forma suficiente para garantir a modificação do que fora acordado”<sup>185</sup>.

O mesmo raciocínio que impede que se aceite a inadequação de uma resposta jurisdicional com a desculpa de um suposto déficit de conhecimento da causa, aplica-se àquele conflito que, após aparentemente já se ter por plenamente resolvido, volta a demandar a participação judicial.

---

<sup>185</sup> FISS, Owen, **Um Novo Processo Civil, Estudos norte americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**, RT, São Paulo, 2004, p.136

Como já se salientou em capítulo anterior, é da essência do processo estrutural o contínuo envolvimento também *a partir* da solução dada, e não somente *até* uma decisão de mérito. O próprio Fiss, aliás de forma precursora, ao estabelecer as bases de um processo estrutural, reconhece a necessidade de um envolvimento constante do juiz com os desdobramentos da causa, especialmente em ações coletivas que envolvam interesses supraindividuais<sup>186</sup>.

*The focus in the dispute-resolution model is the incident, the transaction or occurrence, and the remedial phase is largely episodic. The remedy is designed to correct or prevent a discrete event, and the judicial function usually exhausts itself when judgment is announced and the amount of damages calculated or the decree aimed at some discrete event is issued.*

(...)

*The remedial phase in structural litigation is far from episodic. It has a beginning, maybe a middle, but no end - well, almost no end. It involves a long, continuous relationship between the judge and the institution; it is concerned not with the enforcement of a remedy already given, but with the giving or shaping of the remedy itself. The task is not to declare who is right or who is wrong, not to calculate the amount of damages or to formulate a decree designed to stop some discrete act. The task is to remove the condition that threatens the constitutional values.*

Não há por que imaginar que um acordo não possa pretender atingir esses mesmos objetivos enfrentando as mesmas dificuldades que assolam os provimentos jurisdicionais. Por que então, essa mesma tarefa que Fiss atribui a um novo modelo de jurisdição não pode ser desempenhada diante de um acordo?

A conclusão a que se pode chegar é a de que a pretensa dificuldade revela muito mais uma visão monopolista, hoje constantemente questionada pela realidade de expectativas frustradas de onipotência dos tribunais, do que propriamente uma inaptidão dos acordos para solucionarem conflitos estruturais.

O mesmo raciocínio pode ser aplicado ao segundo óbice levantado por Fiss neste tópico.

Ou bem se entende que o acordo é um substituto adequado à adjudicação, e então se lhe dá força equivalente às suas cláusulas, ou não faz sentido aceitá-lo para a solução dos conflitos. A homologação, mais do que garantir a publicização de seus termos, traz o reconhecimento de que a forma encontrada para a solução do conflito contribui para a prestação de uma justiça célere e eficiente, e aí reside a sua força executiva. O acordo não é um mero contrato em que as partes voluntariamente dispõem de suas vontades com ampla liberdade. Antes do acordo há o conflito, cuja superação não interessa apenas às partes, mas também, e

---

<sup>186</sup> FISS, Owen, *The forms of Justice*, Harvard Law Review, v.93, n.1, nov. 1979, p.26-27.

especialmente, ao Estado<sup>187</sup>. Assim, o acordo, enquanto forma jurídica válida de solução do litígio, atinge exatamente o mesmo desiderato da jurisdição. Neste ponto, é preciso superar a ideia de que o acordo representa um arremedo de solução e que, por isso, não possui a mesma dignidade que se atribui a uma sentença. Uma vez homologado, não há por que lhe sonegar os meios coercitivos próprios à solução judicial.

### *Justiça em vez de paz*

Na visão de Rawls, *uma sociedade é bem-ordenada não apenas quando está planejada para promover o bem de seus membros, mas quando é também efetivamente regulada por uma concepção pública de justiça*<sup>188</sup>.

Talvez tenha sido essa a maior preocupação de Fiss nas suas críticas ao acordo. De fato, cabe à jurisdição contemporânea uma função política de orientar a concepção pública de justiça, superando-se as ideias privatistas que restringiam sua expressão à aplicação do direito ao caso concreto. Como ensinam Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “a jurisdição tem o dever de aplicar a lei na dimensão dos direitos fundamentais, fazendo sempre o resgate dos valores substanciais neles contidos. Tutelar os direitos, em outros termos, é aplicar a lei, diante das situações concretas, a partir dos direitos fundamentais. É o atuar a lei na medida das normas constitucionais e dos valores nelas encerrados.”<sup>189</sup>

Vale lembrar, no entanto, que Michelle Taruffo vê o sistema adversarial americano como uma mera *procedural justice*, em que “é interpretada como justa, *a priori*, e por definição – resultando, portanto, aceita em maior escala – a decisão que deriva de um procedimento qualificável como justo, com base em critérios procedimentais de valoração.”<sup>190</sup> Ora, se a própria decisão obtida a partir de um julgamento (*trial*) não se traduz em uma compreensão

---

<sup>187</sup> “Tudo isso significa, ademais, que o processo reage ao direito. Vale dizer: que o plano do direito processual reage ao plano do direito material. Além de procurar resolver as mais diferentes crises ou ameaças de crises de colaboração na realização do direito material e tratá-las de forma adequada, o processo civil procura fazê-lo com o emprego de diferentes técnicas processuais visando à promoção de uma tutela que consiga ao mesmo tempo ser adequada, efetiva e tempestiva para as partes e a menos dispendiosa possível - em termos de recursos econômicos e pessoais- para a administração da Justiça Civil.” MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel, *Curso de...*, *ibid.*, p. 35.

<sup>188</sup> RAWLS, John, *ibid.*, p. 5.

<sup>189</sup> *Ibid.*, p. 192.

<sup>190</sup> TARUFFO, Michelle, **Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos**, 1ª ed. Marcial Pons, São Paulo/SP, 2016, p. 125.

unívoca de realização da justiça, é necessária uma certa ponderação sobre a aversão aos acordos como meio adequado de composição dos conflitos.

A questão que se coloca então é a compatibilidade de um sistema multiportas com as noções de verdade e justiça. Resta saber o porquê da antinomia a esses dois valores caros à jurisdição que se pretende impingir aos acordos, dando a impressão de que toda solução de conflito que ocorra fora da adjudicação clássica não conseguirá nem atingir a verdade nem ser justo. Sem aprofundar a discussão sobre os riscos que a idolatria a esses dois conceitos apresentam à eficácia do processo, não se pode pensar nos meios alternativos de solução de conflitos como uma forma de burla aos princípios que devem ser velados pela jurisdição. Ao contrário, devem eles refletir exatamente os mesmos valores que são o norte das decisões jurisdicionais. Não é possível que, uma vez dimensionado pela jurisdição um direito abstratamente previsto nas leis ou na Constituição, recorra-se a um acordo apenas porque o alcance da sentença desagradaria a ambas as partes. Repita-se, não é propósito do acordo relativizar os princípios que dão forma à adjudicação. O consenso que valida o acordo somente se pode ter por legítimo quando amplamente amparado na lei, na constituição e nos próprios precedentes jurisprudenciais, quando existirem.

É nesta ordem de ideias que Elton Venturi visualiza a arbitragem, em um pensamento do qual não se pode excluir as demais formas alternativas à jurisdição<sup>191</sup>:

De fato, assim como o conceito de jurisdição foi e continua a ser gradativamente revisto a partir de uma visão funcionalista que, no Estado Constitucional, imputa-lhe a tarefa de atribuir significado e aplicação aos valores constitucionais para a efetivação dos direitos, a arbitragem merece ser observada por uma ótica similar. Em que pese o caráter eventual e consensual da arbitragem, nem por isso deixa de constituir um especial instrumento de distribuição de justiça e de aplicação do direito, o que a torna, nesse sentido, ao menos potencialmente equivalente à jurisdição.

A relação entre as formas alternativas e a jurisdição deve, portanto, ser naturalmente simbiótica, na medida em que esta, ao tempo em que orienta aquela, acaba se beneficiando dos acordos, não só em razão da diminuição da carga de trabalho, mas também pelas referências de soluções desenvolvidas em um ambiente menos formal e, conseqüentemente, mais aberto à inovação. E prossegue Elton Venturi:

Pouco ou nada se fala sobre a possibilidade de coordenação entre jurisdição e arbitragem, sobre a viabilidade da importação dos meios de legitimação social e de accountability estatais para a arbitragem, assim como, em mão inversa, das possíveis

---

<sup>191</sup> VENTURI, Elton, Arbitragem para quem? Os desafios das arbitragens públicas, gratuitas e coletivas, in *O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni* / Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, coordenadores; Rogéria Dotti, organizadora, São Paulo, RT, 2017, p. 233.

influências (políticas, sociais e técnicas) que o sistema arbitral de resolução de conflitos pode imprimir sobre o sistema jurisdicional tradicional.

(...)

Ao menos em sentido funcional, a coordenação entre os referidos sistemas resolutórios de conflitos revela-se absolutamente imprescindível para a distribuição da justiça e para a realização dos direitos.<sup>192</sup>

É recorrente na discussão sobre acordos uma certa obsessão pelos maus exemplos, apontando-se casos que, claramente, beiram a ilicitude. Mas, desse mesmo defeito de que padecem os acordos não estão imunes as decisões judiciais, e nem por isso há uma crítica generalizada à (ausência de) força de seus enunciados como referenciais da concepção pública de justiça.

Não se pode perder de vista, por outro lado, que é da natureza do conflito a busca por seu acerto. Disputas homéricas muitas vezes são esvaecidas pela passagem do tempo. As necessidades que levavam uma parte a pretender determinado bem também podem ser supridas pela fortuna, com o conseqüente desinteresse por aquele conflito que inicialmente se aparentava vital. A judicialização não surge senão como um acidente de percurso em um conflito que naturalmente deveria desembocar em um consenso.

No entanto, o fetiche da decisão proferida por um juiz, que muitas vezes acaba perenizando artificialmente o conflito com um prestígio exagerado a um auto referenciamento, naturaliza a pouca importância dada à vontade das partes e estabelece a fórmula judicial como a única solução que atende plenamente o ideal de justiça.

Ora, sem minimizar a importância fundamental da jurisdição, não há mais razão para os, muitas vezes exagerados, incentivos à judicialização. Além dos já enfadonhamente repetidos problemas que a circundam, entre eles a pouca efetividade decorrente sobretudo do absurdo volume de processos, seria importante visualizar na autocomposição, ainda que em um explícito exercício de *wishful thinking*, uma evolução social na medida em que se possa através dela satisfazer *uma verdadeira necessidade social de uma interpretação legítima do direito*,<sup>193</sup> de forma autônoma, sem a necessidade da intermediação autoritária do Estado-juiz.

---

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 234.

<sup>193</sup> FISS, Owen, **Um Novo Processo Civil, Estudos...**, *ibid.* p.142

## Capítulo 6

### Acordos e Ministério Público

Com as devidas escusas pela obviedade, o célebre texto de Owen Fiss contra o acordo não pretendeu analisar a performance de meios alternativos à jurisdição quando protagonizados pelo Ministério Público, tanto porque realidade inexistente no ordenamento americano quanto porque dificilmente se poderia antever, ao tempo em que foi escrito, a desenvoltura institucional que a instituição, especialmente na experiência brasileira, viria a assumir a partir aproximadamente da segunda metade dos anos noventa.

No entanto, ainda assim, parece oportuna sua discussão na medida em que a atuação do Ministério Público nos acordos pode representar algum alento às angústias externadas no artigo. Como já se apontou em capítulo anterior, há muita proximidade com o papel desempenhado pelos juízes, inclusive no que diz respeito ao propósito público de oferecer um significado concreto da Constituição na realização da justiça, conforme enfatizado pelo próprio Fiss ao discorrer sobre o juiz no processo adjudicatório clássico<sup>194</sup>.

Então, não só não faz sentido a preocupação de que os acordos possam servir de atalho para se desvirtuar a função jurisdicional de dar a maior amplitude possível à disciplina constitucional dos direitos fundamentais, como é preciso reconhecer que a atuação do Ministério Público qualifica essa proteção de uma forma que a jurisdição dificilmente consegue atingir, dados os limites impostos por sua inércia característica.

Não tendo o receio de se assumir como parte do interesse que lhe é constitucionalmente incumbido, possui o Ministério Público uma liberdade muito maior para estruturar adequadamente o litígio e conhecê-lo com uma profundidade que não é comum ao exercício

---

<sup>194</sup> *The idea of a stranger emphasizes the quality of impartiality, which is indeed expected from every judge. It should also be stressed, however, that, contrary to what is implied by the notion of a 'stranger' – any non-biased party will do just as well as another – the judge is part of the system of government and a functionary of the state. The judge is not chosen by the parties; he is empowered through public processes. His role is not to serve the private interests of the litigants (to resolve their disagreement), but rather to uphold the law, the Constitution above all, and to give it concrete meaning and expression in the life of the nation.* FISS, Owen, *To make the constitution a living truth, Four lectures on the Structural Injunctions*, in **Processos Estruturais**, *ibid.*, p. 33.

jurisdicional, embora sempre atento ao seu *ethos* de defesa da ordem constitucional democrática.

O que se vê, portanto, é que o acordo formalizado pelo Ministério Público se submete a um regime jurídico muito particular, distanciando-se daqueles das tradicionais experiências que orientaram as preocupações de Fiss.

Ainda assim, os bens tutelados pelo Ministério Público trazem alguma dificuldade dogmática de serem protegidos em um ambiente consensual, porque tradicionalmente o dissenso que gera um conflito envolvendo direitos metaindividuais de ordem pública não se supera senão com a imposição de uma decisão judicial e a expectativa de que ela baste por si mesma. Embora haja aqui e ali alguma condescendência evolutiva com a negociação desses direitos, não deixam os doutrinadores de transparecer o temor em abordar o tema<sup>195</sup>. O Conselho Nacional do Ministério Público, mais do que atento à questão, procurou eliminar as dúvidas existentes e limitou os termos de um ajustamento de conduta( e aqui pode-se tranquilamente compreender também quaisquer acordos formalizados pelo MP) “à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.”<sup>222</sup> Ou seja, se a solução do conflito exigir mais do que a interpretação do direito, ou se houver alguma discussão que vá além da composição “dos danos que não possam ser reparados”, automaticamente se afasta a via consensual. E não há aqui propriamente uma crítica à indevida invasão sobre a atividade-fim por um Conselho criado com propósitos essencialmente administrativos, porque, ao editar a referida Resolução, ele não fez mais do que consolidar um pensamento doutrinário preocupado com as (im)possibilidades do Ministério Público de formalizar um acordo<sup>196</sup>. Contudo, em uma perspectiva de ampliação das expectativas democráticas de justiça, que é o que se discute ao longo de todo o presente trabalho, essa aversão abstrata a um consenso que seja protagonizado pelo Ministério Público como meio eficiente de garantia dos direitos metaindividuais deve sofrer alguma consideração crítica.

---

<sup>195</sup> “Numa frase, **vencidos arroubos voluntaristas e o temor exagerado de fazer a coisa certa**, pode-se afirmar que, sob os auspícios do publicismo esclarecido que bem modula a autonomia, doravante impõe-se que o unilateralismo autoritário ceda lugar ao ponderado exercício de construção dos consensos desarmados, **sem prejuízo de atentos controles preventivos, concomitantes e sucessivos.**” FREITAS, Juarez, **Negociação Proba no Direito Administrativo Brasileiro: A Superação do Jogo de Soma Zero**, Revista de Direito Administrativo, Janeiro/Abril 2018, Lisboa, p.118(destacou-se)<sup>222</sup> Resolução 179, art. 1º, § 1º.

<sup>196</sup> DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, **Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos**, in **Justiça Multiportas – Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**, Hermes Zaneti Jr.; Trícia Navarro Xavier Cabral(coord.), 2ª ed., Juspodium, Salvador, 2018, p. 41.

Antes de se prosseguir, no entanto, três breves remissões se mostram necessárias. No capítulo 3 se procurou demonstrar a importância do processo estrutural, através das *structural injunctions*, na concretização da proteção aos direitos metaindividuais, com uma nova compreensão do processo que se sobrepõe aos institutos tradicionais, criados e desenvolvidos para resolver conflitos privados entre duas partes bem definidas. No capítulo 4, e em outras seções deste trabalho, pretendeu-se demonstrar que o atual desenho do Ministério Público o qualifica especialmente para tratar das demandas coletivas dentro de uma prática de processo estrutural democrático. Também se procurou demonstrar os mecanismos que lhe são postos à disposição a fim de possibilitar que suas ações respondam à efetiva demanda dos titulares dos direitos tutelados, superando as objeções levantadas em relação a uma suposta ausência de representação adequada. Por fim, ao discutir as objeções de Owen Fiss aos acordos, procurouse demonstrar que a proximidade do Ministério Público à Magistratura, na configuração brasileira, supera praticamente todas as possíveis desvantagens que o acordo apresentaria em relação à adjudicação, salientando uma identidade de propósitos que vai muito além do dizer o direito<sup>197</sup>. Qualquer avaliação da aptidão do Ministério Público para celebrar acordos não pode desconsiderar esses pontos.

Além disso, o processo atual atravessa um momento de transformação. Conforme ensina Mitidiero, a nova jurisdição “não pode mais ser colocada como centro da teoria do processo civil. Insistir nessa postura revela uma visão um tanto quanto unilateral do fenômeno processual, sobre ignorar a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional hodierno.”<sup>198</sup> E prossegue:

“Ademais, a democracia participativa, tida mesmo como um direito fundamental de quarta dimensão, sugere a caracterização do processo como um espaço privilegiado de exercício direto de poder pelo povo. Nessa quadra, potencializa-se o valor da participação no processo, incrementando-se as posições jurídicas das partes no processo a fim de que esse se constitua firmemente como um democrático ponto de encontro de direitos fundamentais (arts. 1º, 7º, 9º e 10 do CPC/2015).”

---

<sup>197</sup> “Acontece que, na decisão jurisdicional, há uma inquestionável integração e complementação entre os planos do direito material e do direito processual, mediante a visualização das necessidades do direito material e do direito processual a partir da Constituição. Portanto, o que se insiste em propor é a ideia de que a estrutura técnica do processo e a função jurisdicional devem viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material. Trata-se, para se dar a última palavra, de costurar os planos do processo e do direito material mediante as linhas da Constituição e dos direitos fundamentais, utilizando-se especialmente o instrumento conceitual das ‘tutelas dos direitos’, e sem evidentemente negar que a jurisdição faz a integração entre as esferas material e processual.” MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel, *Curso ..., ibid.*, p. 191-192

<sup>198</sup> MITIDIERO, Daniel, *Colaboração no Processo Civil, Do Modelo ao Princípio*, 4ª Ed., Revista dos Tribunais, ed. Kindle.

Parece contraditório que a democratização da jurisdição, com criação de espaços privilegiados “de exercício direto de poder pelo povo”, venha acompanhada de uma significativa restrição a um dos principais agentes idealizados pela Constituição para *promover* os ideais democráticos. Por isso, faz todo sentido indagar se este *excesso* de cuidado com o interesse público não traduz muito mais um formalismo nostálgico do que uma efetiva preocupação com os bens por ele tutelados.

A ausência de disponibilidade, além de trazer dificuldades a uma construção conjunta da melhor forma de composição de um litígio que envolve bens sensíveis a uma democracia, inviabiliza alternativas à jurisdição que podem apresentar capacidade resolutiva maior do que a própria decisão judicial.

Vale lembrar que a dimensão do bem tutelado, e conseqüentemente a identificação de seu *selo* de indisponibilidade, apresenta uma certa fluidez que vai se consolidando ao longo de um procedimento estrutural, muitas vezes dotado de grande complexidade. No percorrer deste caminho, podem surgir diversas oportunidades de composição voluntária que dissolvem o conflito, tornando desnecessária a adjudicação. Não é outro o ensinamento de Alexandre Gavronski<sup>199</sup>:

Em sede de tutela coletiva, a possibilidade de construir consensos capazes de garantir efetividade dos direitos rapidamente, a baixo custo, com resolutividade (entendida esta como equacionamento efetivo e implementável da questão, com a maior amplitude possível de cumprimento do direito) e satisfação dos envolvidos encontra nos instrumentos ou técnicas extraprocessuais, equivale dizer, na tutela extraprocessual coletiva, terreno fértil.

Mais do que isso, a estruturação do procedimento, com a sua instrução voltada à compreensão dos diversos direitos envolvidos/violados, nem sempre descortina um panorama matemático de composição do conflito, porque desnuda disputas entre os diversos direitos igualmente tutelados pelo Ministério Público. Esta dificuldade foi apreendida já há algum tempo por Elton Venturi<sup>200</sup>:

Uma vez aceitando-se que em inúmeras situações da vida social confrontamse pretensões(v.g., direitos individuais e metaindividuais, privados e públicos) e que o poder estatal não pode furtar-se à garantia da melhor solução a tais inevitáveis conflitos, surge a necessidade da análise empírica das situações, interesses, pessoas e valores contrapostos, ponderando-se até que ponto podem ou devem os direitos fundamentais ceder espaço aos chamados interesses coletivos, ou, em sentido oposto, até onde a pretensa preservação destes não esconderia ilegítima e injurídica supressão

---

<sup>199</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>200</sup> VENTURI, Elton, **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**, RT, 2005, p.204-205.

daqueles, cristalizando-se, em tal hipótese, o excesso contra o qual voltou-se originariamente o princípio da proporcionalidade.

Vale nesse ponto lembrar que o que é indisponível em razão do interesse público para fins de um acordo pode encontrar na adjudicação um bom caminho à sua completa disponibilidade, como no caso de uma sentença de improcedência de uma ação civil pública. Antes disso, o próprio Ministério Público pode validamente arquivar um inquérito civil público, ou mesmo decidir não intervir em um conflito por entender não estar presente o direito metaindividual a ser protegido. Ou seja, os contornos da indisponibilidade não decorrem de uma artificial classificação taxonômica de bens apropriados pelo interesse público, mas precipuamente de uma avaliação que é feita primeiro pelo Ministério Público e depois, em uma palavra final, pelo Judiciário.

É chegada a hora de reavaliar a sua utilidade como um elemento estranho ao processo que procura ditar as regras sobre a composição de conflitos. Em outros termos, Michelle Taruffo também discorda dessa ingerência da indisponibilidade sobre o processo<sup>201</sup>:

“Desse modo, introduz-se uma bifurcação dificilmente justificável: em função dela o processo estaria ou não orientado a apurar a verdade dos fatos dependendo da controvérsia dizer respeito a direitos indisponíveis( caso em que a verdade deverá ser apurada), ou a direitos disponíveis( caso em que a verdade dos fatos poderá ser apurada somente se as partes acordarem nesse sentido, ou seja, somente no caso de o demandado exprimir a vontade <<negocial>> de não concordar com o autor sobre a <<verdade>> dos fatos alegados por esse último).”

### ***Interesse público***

Antes de ingressar em uma discussão mais aprofundada sobre o interesse público, necessário esclarecer que se trata de uma locução desgastada e frequentemente mal utilizada, algumas vezes simplesmente por falta de argumento melhor, outras porque historicamente se firmou como um bom fundamento para decisões autoritárias e distantes de qualquer referência democrática. Nessa ordem de ideias que se situa a indisponibilidade do interesse público como limitadora da atuação do Ministério Público. Então, parece anacrônico, para dizer o menos, que ainda se visualize o Ministério Público como *defensor do interesse público*. Sem deixar de confessar um certo preciosismo semântico, o vazio de um conceito tão amplo e impreciso

---

<sup>201</sup> TARUFFO, Michele, **Uma simples verdade**, *ibid.*, 149.

poderia ser mais bem preenchido com a especificação clara e precisa de suas funções constitucionais, com ênfase naquilo que sobressai em determinada atuação – *defensor da ordem jurídica, defensor da ordem democrática, defensor do meio ambiente, da comunidade indígena*, e assim por diante.

Com o máximo de respeito àqueles que pensam em contrário, há pouca serventia da noção de interesse público como referência jurídica em uma democracia contemporânea.

Por mais que se tente elaborar um conceito de interesse público, não se consegue fugir da essência dessa locução, que traduz uma oposição ôntica a um interesse privado, aqui considerado qualquer um que não tenha nascido na esfera pública, ou não tenha sido por ela apropriado. Caracterizado o interesse público, sua missão é a de se impor sobre o interesse privado, ou particular, com a consistente fundamentação de que a preservação do interesse de todos, bem traduzido pelo gestor público, possui importância muito maior do que o interesse de um ou de alguns.

Celso Antônio Bandeira de Mello procurou trazer alguma evolução ao conceito, buscando extraí-lo do próprio corpo social.<sup>202</sup>:

*Não é, portanto, de forma alguma, um interesse constituído autonomamente dissociado do interesse das partes e, pois, passível de ser tomado como categoria jurídica que possa ser erigida irrelatamente aos interesses individuais, pois, em fim de contas, ele nada mais é que uma faceta dos interesses dos indivíduos: aquela que se manifesta enquanto estes – inevitavelmente membros de um corpo social – comparecem em tal qualidade.*

E segue o eminente administrativista:

*Então, dito interesse, o público, - e esta já é uma primeira conclusão -, só se justifica na medida em que se constitui em veículo de realização dos interesses das partes que o integram no presente e das que o integrarão no futuro. Logo, é destes que, em última instância, promanam os interesses chamados públicos.*

*Donde, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos **pessoalmente** têm quando considerados **em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.***

E, de fato, esta preocupação em buscar a legitimidade das ações do Estado a partir da percepção de que representam a vontade geral passou a orientar a sociedade ocidental a partir da era das revoluções<sup>203</sup>. A ideia de *volonté général*, apropriada por Rousseau de um conceito

<sup>202</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de ...*, *ibid.*, p.61.

<sup>203</sup> “O rei não era mais Luís, pela Graça de Deus, Rei de França e Navarra, mas Luís, pela Graça de Deus e do direito constitucional do Estado, Rei dos franceses. ‘A fonte de toda a soberania’, dizia a Declaração, ‘reside essencialmente na nação’. E a nação, conforme disse o Abade Sieyès, não reconhecia na terra qualquer direito

teológico corrente no século XVII e início do XVIII, como bem apontou Giacomuzzi, passa a ser uma “noção cívica fundamental, em torno da qual os homens devem unir-se para construir uma sociedade”<sup>204</sup>. No entanto, embora essencial para a superação da vontade do governante como orientadora da política de Estado, não se pode perceber a vontade geral idealizada por Rousseau senão como um pacto pela virtude<sup>205</sup>, de pouco apelo nos dias de hoje, em uma sociedade complexa e multifacetária<sup>206</sup>, em que o grande mote não é mais superar o absolutismo do rei, mas apenas compreender e otimizar as funções do Estado.

Por isso a crítica/constatação de que o interesse público invariavelmente se contrapõe ao interesse particular de forma unilateral e, nesse sentido, autoritária, sendo invocado exatamente quando a solução em favor da gestão pública não puder se socorrer de uma equânime composição do conflito. Para que o interesse particular se percebesse representado na derrota que lhe foi imposta, seria no mínimo necessário que o bem garantido pela supremacia do interesse público possuísse sempre alguma efetiva referência comum de importância coletiva transcendente às opções políticas temporárias. É ilusória, portanto, a adesão dos indivíduos a um interesse público ao qual não se percebem incluídos, a não ser por um discurso retórico que exige desprendimento e altruísmo em favor de decisões que se qualificam como as melhores apenas porque chanceladas pelo *interesse público*.

Em verdade, a adequada compreensão de regime democrático torna sem maior utilidade buscar no interesse público alguma dimensão dos pretensos interesses individuais representados. O princípio da legalidade satisfaz e legitima de forma adequada e suficiente essa posição de superioridade que a Administração Pública assume nas suas relações. Isso porque não há dúvidas de que a limitação e o condicionamento trazidos pela lei, além de permitir que

---

<sup>204</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme, Uma breve genealogia do interesse público, in **O Direito Administrativo na Atualidade, Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**, Arnaldo Wald; Marçal Justen Filho; Cesar Augusto Guimarães Pereira (Organizadores), Malheiros, São Paulo, 2017, p. 647.

<sup>205</sup> “Quereis que a vontade geral seja cumprida? Fazei com que todas as vontades particulares converjam para ela; e como a virtude não é senão essa conformidade da vontade particular à geral, para dizer a mesma coisa em uma palavra, fazei reinar a virtude.” DIDEROT Denis e D’ALEMBERT, Jean le Rond, **Enciclopédia ou Dicionário razoado das ciências das artes e dos ofícios**, ROUSSEAU, Economia( Moral e Política), (5, 337), Volume 4, Política, Pedro Paulo Pimenta e Maria das Graças de Souza (Organizadores), São Paulo: Editora UNESP, 2015, p. 116-117.

<sup>206</sup> “Hoje os indivíduos solitários entram na ágora apenas para encontrar a companhia de outros indivíduos solitários. E voltam para casa com a confiança renovada em sua solidão. Esse é o nó górdio que ata os pés e as mãos do futuro da democracia: a crescente impotência prática das instituições públicas diminui o interesse em questões e posições comuns de sua esfera de atração, enquanto a capacidade enfraquecida e a vontade definhante de trasladar sofrimentos privados para questões públicas facilita o trabalho das forças globais que impulsionam essa impotência à medida que se alimenta de seus resultados.” BAUMAN, Zygmunt, **A sociedade individualizada, Vidas contadas e histórias vividas**, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 257.

se chegue de forma mais simples à pretendida identidade com o interesse comum, porque aqui há um processo mais evidente de amálgama das diversas vontades individuais, torna redundante o apelo a um superior interesse público para a compreensão da relação de poder exercida sobre os interesses particulares.

Se assim o é, não se pode descurar do “risco do fascismo”, bem apontado por Marçal Justen Filho no uso do poder “para promover o ‘bem comum’ e combater os ‘inimigos do povo’”<sup>207</sup>, locuções genéricas das quais não se distanciam muito as alegações de supremacia do interesse público que, como se disse, ou se conformam à lei, e aí não precisam ser invocadas, ou dela desbordam, o que é inadmissível ao gestor da coisa pública.

Além do vínculo com a coisa pública, a noção de interesse público também se associa aos direitos metaindividuais, na sua esfera de indisponibilidade. Mesmo nesse caso não parece que se possa tirar proveito jurídico em sua invocação.

Discorrendo sobre o *intérêt général*, Jacques Chevallier defende que os diversos atores sociais sejam chamados a fazer parte tanto da elaboração das escolhas quanto da própria gestão dos serviços de interesse coletivo na medida em que sua noção não pode mais ser o resultado somente de processos internos da esfera pública.<sup>208</sup> Neste propósito, o jurista francês defende a reformulação da noção de *intérêt général* com a adoção de técnicas participativas que possibilitem suprir o déficit de legitimidade do Estado e a crise de representação política.

A concepção do Professor emérito da Universidade Paris 2, além de apresentar indiscutível avanço sobre o que não era muito mais do que o “produto da solitária deliberação parlamentar ou saído pronto do cérebro dos funcionários públicos”<sup>209</sup>, demonstra quão frágil é a referência que se pode ter hoje do interesse público.

<sup>207</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso ...*, *ibid.*, 8, p. 23

<sup>208</sup> *Cette désacralisation de l'intérêt général implique un rapport nouveau entre public et privé : l'intervention des groupes d'intérêt n'est plus considérée comme une intrusion intolérable mais comme un moyen de renforcer la qualité des choix ; et les citoyens eux-mêmes doivent avoir la possibilité de se faire entendre et de participer à l'exercice des responsabilités collectives.* CHEVALLIER, Jacques, « Intérêt général », in CASILLO I. avec BARBIER R., BLONDIAUX L., CHATEAURAYNAUD F., FOURNIAU J.-M., LEFEBVRE R., NEVEU C. et SALLES D. (dir.), *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013, ISSN : 2268-5863. URL: <http://www.dicopart.fr/en/dico/interet-general>.

<sup>209</sup> CHEVALLIER, Jacques. *Déclin ou Permanence du Mythe de L'Intérêt Général?* In: *L'Intérêt Général: Mélanges em L'Honneur de Didier Truchet*. Paris: Dalloz, 2015, 83-93, citado por GIACOMUZZI, op. cit.(2017)

<sup>238</sup> *Force est de constater qu'en valorisant des finalités qui privilégient surtout le particularisme des intérêts, la société ne facilite pas le développement d'un espace où l'universel puisse l'emporter sur le particulier. Or, la démocratie repose entièrement sur les individus eux-mêmes et sur leur capacité à assumer leur charge de citoyens. Au refus des disciplines exigées par la recherche de l'intérêt général ou au désintérêt constaté pour le bien public, il n'existe pas de remède institutionnel.* Conseil d'Etat Français, *Réflexions sur l'intérêt général - Rapport public* 1999, publicado em 30/11/1998, acessível em <https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapportsetudes/etudes-annuelles/reflexions-sur-l-interet-general-rapport-public-1999>, visualizado em 13/08/2020

De início, é inegável o constante esvaziamento da preocupação com o “público”, espaço tomado pela priorização dos interesses imediatos e particulares.

Artigo publicado na página do *Conseil d’Etat* francês, ainda no século passado, embora demonstre a mesma preocupação de Chevallier com a necessidade de procedimentos de convicção para a legitimação da decisão pública, reconhece que a crise do *intérêt général* não está distante da crise de valores comuns da sociedade<sup>238</sup>. Sem um retorno à percepção ética da importância do coletivo, dificilmente se avança na revitalização do interesse público.

De fato, em um contexto em que a apatia se mistura com a fragmentação social, e com as polarizações irracionais promovidas pelas redes sociais, não é difícil imaginar que oportunistas organizados se apropriem da discussão para elaborar o interesse público a partir de seus próprios interesses. Em um exercício imaginativo, seria possível cogitar da elaboração de um interesse público na poluição, ou em uma indústria tabagista, ou, ainda, na devastação de uma área de proteção ambiental em favor do agronegócio, tudo com a justificativa primeira dos empregos que tais atividades geram.

Por outro lado, o processo participativo, nos moldes delineados por Chevallier, tem a vantagem de se propor a superar o dogma da indisponibilidade do interesse público.

Voltando ao clássico ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, os interesses públicos “não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis”<sup>210</sup>.

Não deixa de ser questionável a opção por indisponibilizar o que é público, e que, portanto, deveria ser compartilhado por todos. E talvez aqui seja preciso buscar dentro de uma perspectiva histórico-social as razões pelas quais o que é público precisa ser apropriado pelo Estado, para então se tornar indisponível.

O Brasil colonial, que se inicia sob o signo de um feudalismo tardio afrouxado, com referências diluídas de vassalagem, logo se transforma em uma sociedade agrícola escravocrata<sup>240</sup>, não aproveitando as ricas experiências europeias de construções coletivas trazidas pelas revoluções experimentadas pelos burgos desde o florescer da Idade Moderna<sup>241</sup>.

Na sequência histórica, o Brasil passou por uma construção errática de cidadania, em que a ideia de *público* assume contornos autoritários e, ou bem se aproveita da sapiência de uma

---

<sup>210</sup> *Ibid.*, 74

pretensa superioridade inata das classes de poder<sup>211</sup>, ou bem nada mais constitui do que uma roupagem retórica à satisfação de interesses puramente particulares<sup>212</sup>.

Essa realidade evolutiva, à qual se pode somar um nível cultural e educacional abaixo do desejável, leva à uma ausência de compreensão coletiva da importância de preservação daquilo que se considerar de interesse público.

E é porque se está diante de um quadro que não auxilia o desenvolvimento de um respeito natural ao interesse público que a doutrina se preocupou com a indisponibilidade.

Pode-se afirmar, portanto, que a indisponibilidade não é muito mais do que o mecanismo de proteção encontrado para enfrentar a desconfiança na gestão do que se entender protegido pelo interesse público.

Mas não faz qualquer sentido a utilização da indisponibilidade *em prejuízo* do bem pretensamente tutelado, como frequentemente se constata em conflitos envolvendo a preservação ambiental.

### ***O meio ambiente e o equívoco de sua indisponibilidade***

Os bens de interesses difusos têm sido destinatários por excelência de proteção através de sua caracterização como de interesse público. E há uma razão muito evidente para isto. Como já se adiantou, dentro de uma cultura patrimonialista, a falta de um proprietário imediato e identificável, que possa reivindicá-los e protegê-los, coloca-os em constante risco. Nesse ambiente, não é difícil que a percepção de *res nullius* se imponha de forma primitiva a qualquer consciência de importância coletiva.

---

<sup>211</sup> “Mas no cerne da nossa comunidade permaneceu, teimosa, a concepção de que existiriam homens, por natureza, diversos, repartidos por sua história, sua biologia e condição. Tanto que o destino dos homens livres pobres, aliás, a grande maioria da população, não seria muito diferente: emaranhados a estruturas de dominação como o mandonismo e o coronelismo, giraram em torno das ‘relações de favor’; expediente muito mais exercido a partir de estruturas de dependência pessoal do que pautado numa cartela de direitos civis ou sociais. Na verdade, o ‘favor’, essa sorte de moeda nacional e de larga circulação interna, representa a própria negação dos direitos. Implica um inflacionamento dos poderes pessoais e privados em detrimento da esfera oficial e pública.” SCHWARCZ, Lilia, STARLING, Heloisa M., **Brasil: uma biografia**, 2ª, ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p.845.

<sup>212</sup> “Sobre a sociedade, acima das classes, o aparelhamento político – uma camada social, comunitária embora nem sempre articulada, amorfa muitas vezes – impera, rege e governa, em nome próprio, num círculo impermeável de comando. Esta camada muda e se renova, mas não representa a nação, senão que, forçada pela lei do tempo, substitui moços por velhos, aptos por inaptos, num processo que cunha e nobilita os recém-vindos, imprimindo-lhes os seus valores.” FAORO, Raimundo, *ibid.*, p.824

A vastidão continental brasileira traz uma grande disponibilidade ambiental caracterizada por amplos ecossistemas que levam à impressão de sua infinitude. Além disso, o Brasil, talvez por um tempo que já pode ser considerado exagerado, é um país em vias de desenvolvimento, ou emergente, o que alia fortes pressões econômicas pela expansão do território produtivo a problemas sociais significativos que muitas vezes se sobrepõem à pauta ambiental. A admiração abstrata por um ambiente equilibrado, que chegou tardiamente ao Brasil inspirada pela grande propaganda dos movimentos ecológicos que proliferaram no mundo a partir dos anos 70, demonstra pouca força diante de situações concretas em que a preservação ambiental vem junto com algum prejuízo imediato ao interesse particular<sup>213</sup>.

Se assim o é, deve-se ter muita cautela em qualquer crítica que se pretenda fazer a um sistema protetivo mais amplo como é o da indisponibilidade, também traduzido na esfera ambiental pela reparação integral do dano.

A cautela, no entanto, não pode significar uma ausência de reflexão sobre essa (falsa) tranquilidade trazida pelo conforto de uma proteção dogmática.

De fato, a noção de indisponibilidade de um direito não dialoga de forma adequada com o dano que ele eventualmente venha a sofrer, pois parte de um pressuposto de infalibilidade que é frequentemente atropelado pela realidade. Assim é que a indisponibilidade de um direito fundamental estabelece a base principiológica para a sua proteção, mas deve entregar a outras normas a responsabilidade de lidar com um dano que se acreditava que jamais iria acontecer<sup>214</sup>.

Traduzida para o direito ambiental, a indisponibilidade se transforma em reparação integral do dano e não deixa de compartilhar da mesma dificuldade antinômica com a realidade. Essa dificuldade, aliás, não é desconhecida da doutrina, como aponta Édis Milaré ao discorrer sobre as diversas formas em que se pode dar a “reparação integral do dano”<sup>215</sup>. Ora, o meio

---

<sup>213</sup> “No caso do meio ambiente, a situação é ainda mais grave. Conquanto superficialmente ninguém se declare contra sua defesa (até porque poderia acarretar a própria extinção, eis que todos dele fazem parte), muitas vezes amplos espectros sociais atuam deliberadamente contra a sua proteção. Os exemplos são muitos. Embora a nível nacional todos defendam a preservação da Amazônia, a maioria das cidades e até mesmo dos estados que compõem aquela região tem população amplamente favorável ao desmatamento, pois o veem como “progresso”, além de muitos consumidores de todas as regiões desejarem adquirir móveis de madeiras nobres ou carne bovina, ambos produzidos nas regiões desflorestadas. Populações de cidades costeiras do Brasil desejam praias limpas e belas para lazer da população e turismo, todavia, muitas vezes parcelas expressivas apoiam a instalação de terminais portuários que acarretam poluição de forma irreversível do litoral, tudo em prol de interesses econômicos.” ABIEÇAB, Pedro e GAIO, Alexandre, Tutela do Meio Ambiente, in **Manual de Direitos Difusos**, Edilson Vitorelli(organizador), 2ª ed., Salvador: Juspodium, 2019, 673

<sup>214</sup> A respeito vale lembrar a lição de Alexy sobre princípios e regras; enquanto os princípios são “*mandamentos de otimização*”, as regras contêm “*determinações* no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.” ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª.ed., São Paulo: Malheiros, 2017, p.90-91.

<sup>215</sup> “Por certo, não se pode perder de vista que a finalidade do sistema de responsabilidade civil ambiental, nos dizeres da Constituição e da Lei, consiste na reparação do dano ambiental, com vistas ao restabelecimento do *equilíbrio ecológico*. Assim, forte nessas diretivas, conclui-se que, por esse viés, que se mostra verdadeira proposta de ressignificação, o *princípio da reparação integral impõe o dever de se buscar a reparação do dano ambiental de forma a se restabelecer o equilíbrio ecológico* por meio de ações que objetivem o retorno da situação

ambiente destruído, destruído está de forma definitiva. Por mais que se realize um exaustivo e custoso trabalho de reparação do dano praticado, não deixa de ser presunçoso acreditar numa possibilidade de reconstrução perfeita da realidade ambiental existente antes da agressão de que o bem protegido foi vítima. Qualquer trabalho de reparação criará um bem ambiental diverso daquele existente, o que não quer dizer que não se possa extrair dessa nova intervenção humana efeitos ambientais positivos. Neste passo, é imprescindível que se compreenda que ao dano ambiental não se aplicam os precisos cálculos matemáticos que normalmente satisfazem as disputas entre particulares e mesmo algumas outras envolvendo direitos metaindividuais. O dano a um veículo em um acidente de trânsito pode ser precisamente quantificado no orçamento para o seu conserto, que, conseqüentemente, fará o veículo voltar a rodar exatamente como o fazia antes do acidente. A lesão ao patrimônio público será recomposta com o pagamento dos valores indevidamente apropriados pelo autor do ilícito. O vandalismo a uma estátua de valor histórico-artístico exigirá os meios econômicos necessários para que o reparo seja feito a fim de retorná-la à sua importância original. No caso do meio ambiente, no entanto, qualquer premissa de reparação integral levará sempre a um cálculo especulativo. Se Beltrano corta uma árvore, então deverá plantar outras dez para recuperar o dano causado. Ora, evidente que a árvore derrubada jamais será reconstituída no meio e modo em que ela se desenvolveu. Também não é certo que o meio ambiente será reconstruído adequadamente com as dez, ou vinte, ou cinquenta árvores, ainda que haja alguma referência técnica nesse sentido, que acaba não sendo de maior utilidade porque também conduzida para um objetivo irreal. Então, embora inequívoca a importância dos mecanismos de proteção ambiental desenvolvidos no espaço normativo brasileiro, muito a partir da forte atuação dos movimentos ecológicos<sup>216</sup>, já passou do tempo para reavaliar o compromisso dogmático com uma reparação integral que já se sabe de antemão que nunca ocorrerá. Vai-se além. A obsessão por uma indisponibilidade que não existe turva a visão para uma nova abordagem de preservação, que deve perceber os bens ambientais de uma

---

evidenciada de forma mais próxima ao *status quo ante*. Em não sendo possível a restauração natural no próprio local do dano – a chamada restauração *in situ* – é que deverá ser invocada a compensação por equivalente ecológico – (restauração *ex situ*) –, por meio da substituição do bem afetado por outro que lhe corresponda funcionalmente, ou seja, deve-se buscar a adoção de medida compensatória equivalente, de sorte a propiciar algo próximo daquilo que era antes da sua ocorrência, que se traduz, ao fim e ao cabo, em mecanismo voltado ao restabelecimento do *equilíbrio ecológico*.” MILARÉ, Edis, **Direito do Ambiente**, *ibid.*, p. 439.

<sup>216</sup> “As diversas entidades ambientalistas criadas desde a Década de 1960 proporcionaram a ‘oxigenação’ do espaço político, com o propósito de que os valores ecológicos por elas defendidos fossem levados em consideração nas decisões políticas e práticas econômicas. As novas formas de *ação direta* que sempre caracterizaram as entidades ambientalistas( inclusive com o recurso a práticas de desobediência civil), por meio de protesto e campanhas específicas( contra testes nucleares, caça às baleias, lixo tóxico, poluição dos mares, entre outros temas), com forte utilização do espaço midiático e mobilização da opinião pública, estabeleceram um novo parâmetro de articulação da sociedade civil e impactaram o espaço político, o que, mais tarde, também refletiu na consagração da proteção jurídica da Natureza e dos valores ecológicos.” SARLET, Ingo Wolfgang, FENSTERSEIFER, Tiago, **Direito Constitucional...**, *ibid.*, 2019, p. 64.

forma mais ampla, dentro de uma perspectiva global de preocupação com o meio ambiente. Um exemplo corriqueiro na costa brasileira, do lamentável aterro de mangues, como já se expôs em capítulo anterior, apresenta com clareza o equívoco que traz o mantra da reparação integral. O desaterro, ao lado de apresentar uma perspectiva incerta de reinserção da área aterrada no manguezal, traz novos danos ambientais ao entorno com a intervenção humana pretensamente reparadora. Não se quer dizer em absoluto que o direito ambiental deve fechar os olhos à reparação, mas sim que é chegada a hora de repensar em quantas oportunidades ela não é utilizada apenas como um esforço teatral em busca do impossível.

Essa pouca eficiência de uma proteção absoluta fica ainda mais evidente quando a matéria ambiental é judicializada. Embora superada a infame teoria do fato consumado<sup>217</sup>, o confronto com um jogo de tudo ou nada ainda acaba levando a uma negação da tutela ambiental através de uma resistência que se materializa na elevação do standard probatório ou no aumento do rigor com o rito e com as nulidades do processo. Se é preciso decidir entre a demolição total de um empreendimento e a improcedência de uma ação civil pública, por mais que seja consistente a demonstração do dano ao meio ambiente, o forte apelo imediato da irreversibilidade da demolição muitas vezes acaba se impondo sobre uma perspectiva futura e incerta de recuperação ambiental<sup>218</sup>. E, neste aspecto, como já se adiantou, o que era indisponível para fins de negociação, passa a ser totalmente disponível para sua total destruição.

Nesses termos, embora ainda que se possa enfrentar uma certa resistência da doutrina<sup>219</sup>, parece que a legislação penal brasileira que trata da defesa do meio ambiente apresenta uma resposta mais eficiente, substituindo um direito essencialmente reparador por um direito negocial-sancionador. Nas infrações mais leves, que admitem transação penal, é expressiva a opção pelo termo “composição” do dano (e não mais a reparação). Nas infrações mais graves, sejam as que admitem a suspensão condicional do processo, sejam as demais, que se habilitam ao Acordo de Não Persecução Penal, a reparação do dano, mitigada pela expressa previsão de sua impossibilidade, é inserida no ambiente negocial que orienta o direito penal atual, o que permite uma maior maleabilidade na discussão sobre formas alternativas de contribuição ao

---

<sup>217</sup> **Súmula 613 STJ** - Não se admite a aplicação da teoria do fato consumado em tema de Direito Ambiental. (Súmula 613, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2018, DJe 14/05/2018)

<sup>218</sup> Não são raros os casos em que uma sentença de demolição leva a uma imediata ausência de interesse, ou mesmo de condições, do réu de dar conta de algum projeto de recuperação da área, não sendo incomum a incapacidade de provimentos jurisdicionais lidar com o simples abandono do empreendimento, o que em termos ambientais pode ser catastrófico.

<sup>219</sup> “Neste ponto, importa salientar que o *Direito Penal Ambiental* brasileiro foi concebido como um Direito Penal com acentuada preocupação com a efetiva reparação do dano ao meio ambiente. Tanto é assim que, pela doutrina mais atenta, há quem o denomine como “Direito Penal Reparador”, considerando o notório escopo da Lei 9.605/98 – viga mestra, no Brasil, da responsabilidade penal ambiental – de efetiva reparação do dano ambiental, tarefa essa tradicionalmente reservada ao direito civil.” MILARÉ, Édis, *ibid.* 478.

meio ambiente, que não impliquem apenas na integral e específica reparação do bem ambiental lesado.

A respeito, vale transcrição da aguda percepção de Elton Venturi:

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é garantido constitucionalmente no Brasil, e ninguém pode negar sua natureza difusa, fundamentalíssima e, portanto, indisponível.

Mas, por conta dessa qualificação hiperprotetiva, seriam os conflitos ambientais insuscetíveis de verdadeira transação?

A resposta positiva, comum entre os juristas e operadores do sistema de Justiça brasileiro, revela muito como a abstração e a dogmatização conceitualista é irreal ou surreal na sociedade do século XXI, *que assiste, muitas vezes sem perceber, a verdadeiras negociações envolvendo o próprio meio-ambiente.*

De fato, já há muitos anos o mundo inteiro negocia a respeito do chamado "*direito de poluir*", sendo o Brasil, inclusive, um dos seus maiores beneficiários. Apesar de toda a repugnância que a mera referência a tal realidade acarrete, sobretudo na academia da *civil law*, ela é um fato incontestável. Na última década, os chamados "créditos de carbono" tornaram-se uma *commodity*, mercadoria negociada com preços estabelecidos pelo mercado internacional a valores entre US\$ 5,00 (cinco dólares) e US\$ 17,00 (dezessete dólares).

Mas, por que de fato se negocia (transaciona) um direito tão indisponível, inalienável e inegociável, segundo sua clássica definição jurídico-conceitual? A resposta é simples. Negocia-se o direito de poluir precisamente porque se chegou à conclusão (empírica) de que talvez seja esse um caminho mais eficiente, por paradoxal que possa parecer, para uma melhor preservação do meio ambiente. Na medida em que os países investem em tecnologias de geração de energia limpa e diminuem a emissão de CO<sub>2</sub>, creditam-se por via deste mercado. Assim, a negociação dos créditos de carbono representa importante instrumento de incentivo à progressiva introdução de políticas ecológicas e desincentivo à poluição. Só no ano de 2014, esse modelo gerou transações de aproximadamente US\$ 90 bilhões de dólares ao redor do mundo.

Enquanto isso, alheio à realidade e ao pragmatismo, *o sistema de Justiça brasileiro insiste em cultivar o dogma da inegociabilidade dos conflitos ambientais, apegando-se ao conceitualismo inerente à indisponibilidade dos direitos fundamentais.*<sup>220</sup>

A compreensão adequada da inevitabilidade do dano ambiental, aliás, tem levado a Europa ao desenvolvimento de abordagens inovadoras, como é o caso das *green zones*<sup>221</sup>, em que a esperada poluição de uma determinada conduta humana é compensada com créditos verdes. Muito mais do que um mecanismo econômico de reparação ao dano ambiental causado pela emissão de gases poluentes, o objetivo claro é desenvolver a consciência ambiental coletiva<sup>222</sup>.

O exemplo da indisponibilidade do interesse público na preservação ambiental consagra a insistência brasileira em um modelo ineficiente, custoso e anacrônico de proteção da tutela coletiva.

<sup>220</sup> VENTURI, Elton, *Transação de Direitos Indisponíveis? Negotiating Unavailable Rights?* Revista de Processo vol. 251/2016 | 391 - 426 | Jan / 2016 DTR\2016\63, extraído da Revista dos Tribunais online.

<sup>221</sup> Ver em <https://www.green-zones.eu/en.html>

<sup>222</sup> VERBRUGGEN, Aviel, *Pricing carbon emissions – Economic reality and utopia*, Routledge Taylor and Francis Group, New York and London, 2021, p. 146.

## Conclusão

O século XXI entra em seu terceiro decênio apresentando provações inéditas ao Brasil, e ao Mundo. O desatino das duas guerras mundiais, que se imaginava que haviam marcado para sempre um caminho inexorável a uma ampliação constante e geométrica dos ideais da democracia, parece não ter sido suficiente para ensinar sobre o necessário equilíbrio entre os desejos humanos e os valores dos bens comuns.

O individualismo predatório, que volta e meia toma conta dos poderes político e econômico, torna turva a visão diante de direitos que apresentam pouca expressão na miríade de projetos que podem alavancar a riqueza e expandir o conforto humano e que, por isso, são de importância inquestionável, ao menos aos olhos de quem os patrocina. A civilização humana, especialmente a ocidental, chegou ao tempo histórico em que os excessos passaram a orientar a vida. Não se luta mais pelo direito de ir e vir, mas para se ter um carro. Sem restrições à liberdade do pensamento, é o momento de lutar pelo direito de disseminar bobagens. Se o pão é farto, o que se quer agora são os brioches. O individualismo no mundo de hoje não é mais, apenas, a valorização do ser, do eu, da existência como um ente autônomo da coletividade. A experiência humana se encarregou de agregar ao indivíduo um desejo egoísta, que se sobrepõe, de forma preocupantemente natural, ao bem comum.

Se chegamos até aqui com as diversas percepções de justiça que vieram se impondo de acordo com o seu contexto histórico, é mais do que premente que não se interrompa esse processo evolutivo, agora emprestando força e qualificando os mecanismos de preservação dos direitos metaindividuais, intimamente ligados à necessidade de permanente construção da democracia.

A Corte Warren foi pioneira ao romper com a mitificação de uma democracia calcada apenas em eleições periódicas. Entre tantos outros casos marcantes, o julgamento do caso Brown reformulou o cenário político americano com a superação do pretense *monopólio de legitimidade* dos órgãos eleitos. Também apresentou a novidade de um processo estrutural, em

que o conflito metaindividual deixa de ser um acidente inoportuno que precisa ser pacificado e passa a representar uma valiosa oportunidade para dimensionar concretamente as expectativas de justiça em um Estado Democrático.

A experiência americana também ilustra a necessidade de uma pluralidade de agentes ou instituições trabalhando em prol dos direitos metaindividuais, porque, se a Corte Warren e a Corte Burger foram protagonistas na defesa dos direitos fundamentais, as mudanças nas composições seguintes da Suprema Corte esfriaram o ímpeto de tornar concretas as garantias democráticas.

No Brasil, Belo Monte é um exemplo perfeito e acabado de quão necessária é uma base institucional ampla seriamente preocupada com a salvaguarda dos ideais democráticos. Como reiteradamente enfatizado, as mais diversas instituições que deveriam servir à proteção dos direitos desrespeitados com a obra sucumbiram à pressão política, à pressão econômica, ou mesmo ao tempo. Persistiu o Ministério Público Federal, com insistentes ações que continuaram a denunciar as várias agressões praticadas.

Além disso, Belo Monte também serve para demonstrar uma pouco compromissada utilização *prêt-à-porter* das noções de interesse público. Pela vastidão de suas interpretações, não é de estranhar que a locução seja usada indiscriminadamente tanto em *favor* quanto *contra* os direitos metaindividuais.

A crítica a Belo Monte, que não é exclusiva desta obra, mas que também não é tão pronunciada na área jurídica, certamente gera algum assombro nos mais puristas, que poderão pretender sustentar validamente o respeito que é devido às diversas instituições da República que participaram de todo o projeto e construção da usina. Na sequência, reafirmarão o propósito ecológico e a importância econômica da geração de energia pela usina. Não há como se enxergar razão, no entanto, em uma justiça que vai se fazendo de forma retalhada, através de medidas cautelares deferidas e indeferidas, com muita retórica jurídica e pouca preocupação em buscar identidade com os direitos coletivos atingidos de tantas formas.

Já possuímos suficiente experiência e conhecimento para não mais nos conformarmos com fundamentos que se escamoteiam através da formalidade do direito<sup>223</sup>, que, aliás, constantemente é vítima inconsciente de seu mau uso para a preservação do *status quo*.

---

<sup>223</sup> Embora a forma continue sendo importante em um direito inspirado na tradição romano-germânica, como o nosso

Por isso, o dilema que se coloca na restrição aos acordos em conflitos metaindividuais é apenas aparente. O risco que se imagina existir em um acordo formalizado pelo Ministério Público não é maior nem menor do que o risco de uma sentença judicial negar a tutela, e então acabando de vez com a farsa de uma pretensa indisponibilidade que em nada serve aos direitos metaindividuais. É preciso ter em mente que ambas as instituições, embora muito próximas, cumprem papéis distintos no desenho do Estado Democrático. A ambas incumbe garantir esses direitos que demandam *especial proteção* e que são conformadores de uma democracia. Mas somente se justificará a intervenção do judiciário quando os instrumentos disponibilizados ao Ministério Público pela Constituição, aí incluídos os acordos, não se mostrarem suficientes ao bom desempenho do seu múnus.

## Referências Bibliográficas

ABI-EÇAB, Pedro e GAIO, Alexandre, Tutela do Meio Ambiente, in **Manual de Direitos Difusos**, Edilson Vitorelli(orgанизador), 2ª ed., Salvador: Juspodium, 2019.

ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, 2ª.ed., São Paulo: Malheiros, 2017.

ARISTÓTELES, **A Política**, 1ª ed., LeBooks, edição kindle, 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz, **A tutela coletiva de interesses individuais – Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**, 2ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

ARENHART, Sérgio, OSNA, Gustavo, JOBIM, Marco Félix, **Curso de Processo Estrutural**, Thompson Reuters, São Paulo, 2021.

ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel(coord.), DOTTI, Rogéria(org.), **O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni**, São Paulo, RT, 2017.

ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix(org) **Processos Estruturais**, 2ª ed, Juspodium, Salvador/BA, 2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, **Curso de Direito Administrativo**, 27ª. Ed., Malheiros, São Paulo, 2010.

BARROSO, Luis Roberto, **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**, 9ª ed. Saraiva Educação, São Paulo/SP, 2020.

BAUERMANN, Desirê, *Structural Injunctions* no direito norte-americano, in **Processos Estruturais**, Organizadores Sérgio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim, 2ª ed, 2019, Juspodium, Salvador/BA.

BAUMAN, Zygmunt, **Tempos líquidos**, Rio de Janeiro, Zahar, 2007.

BAUMAN, Zygmunt, **A sociedade individualizada, Vidas contadas e histórias vividas**, Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECCARIA, Cesare, **Dei delitti e delle pene**, Aonia Edizioni, Raleigh, NC/USA, 2020.

BICKEL, Alexander M., **The least dangerous branch – The Supreme Court at the Bar of Politics**, Yale University Press, 2<sup>nd</sup> Edition, 1986.

BOBBIO, Norberto, **As ideologias e o poder em crise**, 4ª ed., Brasília, Editora UNB, 1999.

BOBBIO, Norberto, **Jusnaturalismo e positivismo jurídico**, São Paulo, UNESP, 2016.

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos, **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**, 2ª ed., Editora 34, São Paulo/SP, 2011.

BURNS, Edward Mcnall, **História da Civilização Ocidental**, 30ª edição, Globo, Rio de Janeiro/RJ, 1988.

CARBASSE, Jean-Marie(org.), **Histoire du Parquet**, PUF - Presses Universitaires de France, 2000.

CAVALONNE Bruno, TARUFFO, Michelle, **Verifobia: Un diálogo sobre prueba y verdad (Palestra Extramuros n° 6)** (Spanish Edition), edição Kindle, 2012.

CHEVALLIER, Jacques, « Intérêt général », in CASILLO I. avec BARBIER R., BLONDIAUX L., CHATEAURAYNAUD F., FOURNIAU J-M., LEFEBVRE R., NEVEU C. et SALLES D. (dir.), **Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation**, Paris, GIS Démocratie et Participation, 2013.

CLÈVE, Clèmerson Merlin, **Governo democrático e jurisdição constitucional**, Fórum, Belo Horizonte/MG, 2016.

COFFEE JR., John C. **The Regulation of Entrepreneurial Litigation: Balancing Fairness and Efficiency in the Large Class Action**, The University of Chicago Law Review, vol 54, Chicago, 1987.

CONSTANT, Benjamin, **Principes de Politiques**, Norp-Nop Editions, ed. Kindle, 2011.

COSTA, Pietro, **O Estado de Direito, História, teoria, crítica**, Pietro Costa e Danilo Zolo(org.), Martins Fontes, São Paulo, 2006.

COSTA, Pietro, **Poucos, muitos, todos – Lições de História da Democracia**, Curitiba, Editora UFPR, 2012.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico**, Curitiba, Juruá, 2010.

DIDEROT, Denis; D’ALEMBERT, Jean le Rond, **Enciclopédia, ou Dicionário razoado das ciências das artes e dos ofícios**, Vol. 1 Discurso Preliminar e outros textos, 1ª Ed. São Paulo, Editora UNESP, 2015.

DIDEROT Denis e D’ALEMBERT, Jean le Rond, **Enciclopédia ou Dicionário razoado das ciências das artes e dos ofícios**, ROUSSEAU, Economia( Moral e Política), (5, 337), Volume 4, Política, Pedro Paulo Pimenta e Maria das Graças de Souza (Organizadores), São Paulo: Editora UNESP, 2015.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes, Justiça Multiportas e tutela adequada em litígios complexos: a autocomposição e os direitos coletivos, in **Justiça Multiportas – Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios adequados de solução de conflitos**, Hermes Zaneti Jr.; Trícia Navarro Xavier Cabral(coord.), 2ª ed., Juspodium, Salvador, 2018.

DUARTE, Antonio Aurélio Abi Ramia, **Ética e Comportamento das Partes no Novo processo Civil Brasileiro**, Juspodium, Salvador/BA, 2020.

DWORKIN, Ronald, **Levando os direitos a sério**, 3ª edição, 6ª tiragem, WMF Martins Fontes, São Paulo/SP, 2020.

EASTON, Robert E., *The Dual Role of the Structural Injunction*, The Yale Law Journal Vol. 99, No. 8 (Jun., 1990).

EINSENBURG, Theodore, MILLER, Geoffrey, *The Role of Op-Outs and Objectors in Class Action Litigation: Theoretical and Empirical Issues*, in Vanderbilt Law Review, Volume 57, Issue 5, October 2004.

FAINGUELERNT, Máira Borges, **A trajetória histórica do processo de licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, Dossiê: Impactos socioambientais de grande projetos de infraestrutura**, Apr-Jun 2016, Scielo Brasil, 2016.

FAORO, Raimundo, **Os donos do poder – Formação do patronato político brasileiro**, 5ª edição, Globo, São Paulo/SP, 2012.

FASSIN, Didier, *Life A critical user's manual*, Polity Press, Cambridge, UK, 2019.

FISS, Owen M., *Against Settlement*, Yale Law School Legal Scholarship Repository, Paper 1215, 1984

FISS, Owen M., *The civil rights injunction*, Indiana University Press, Bloomington & London, 1978.

FISS, Owen, *The forms of Justice*, Harvard Law Review, v.93, n.1, nov. 1979.

FISS, Owen, *The Law as it could be*, New York University Press, New York and London, 2003.

FISS, Owen, *To make the constitution a living truth, Four lectures on the Structural Injunctions*, in **Processos Estruturais**, Organizadores Sérgio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim, 2ª ed, Juspodium, Salvador/BA, 2019.

FISS, Owen, **Um Novo Processo Civil, Estudos norte americanos sobre jurisdição constituição e sociedade**, RT, São Paulo, 2004.

FONSECA, Ricardo Marcelo, Sujeito e Subjetividade jurídica: algumas cenas setecentistas na formação da modernidade, in **Estudos em direito privado**, Organizador Sérgio Said Staut Júnior, Curitiba, Luiz Carlos Centro de Estudos Jurídicos, 2014.

FREITAS, Juarez, **Negociação Proba no Direito Administrativo Brasileiro: A Superação do Jogo de Soma Zero**, Revista de Direito Administrativo, Janeiro/Abril 2018, Lisboa.

GARGARELLA, Roberto, *El derecho como una conversación entre iguales – Qué hacer para que las democracias contemporáneas se abran -por fin- al diálogo ciudadano*, 1ª ed., Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2021.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral, **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva – A efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2010.

GIACOMUZZI, José Guilherme, Uma breve genealogia do interesse público, in **O Direito Administrativo na Atualidade, Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles**, Arnaldo Wald; Marçal Justen Filho; Cesar Augusto Guimarães Pereira (Organizadores), Malheiros, São Paulo, 2017.

GIDI, Antonio, **Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo – A codificação das ações coletivas no Brasil**, Forense/Rio de Janeiro, 2008.

GROSSI, Paolo, **A ordem jurídica medieval**, Martins Fontes, São Paulo/SP, 2014.

GROSSI, Paolo, **Direito entre poder e ordenamento**, Del Rey, Belo Horizonte/MG, 2010.

HÄBERLE, Peter, *Libertad, igualdad, fraternidade: 1789 como historia actualidad y futuro del Estado Cconstitucional*. Madrid: Editorial Trotta, 1998, 87, citado por SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, **Direito Constitucional Ecológico**, 6ª ed., São Paulo, Thompson Reuters, 2019.

HABERMAS, Jürgen, **Teoria do Agir Comunicativo, Sobre a crítica da razão funcionalista**, São Paulo: Martins Fontes, 2016.

HARARI, Yuval, Noah, *Sapiens, Uma breve história da humanidade*, 7ª Ed., L&PM, Porto Alegre, 2015.

HELLEBRAND, Johannes, *Die Staatsanwaltschaft – Arbeitsgebiet und Arbeitspraxis*, Verlag C.H. Beck, München, 1999.

HENSLER, Deborah R., *The Globalization of Class Actions: An Overview*, ANNALS, AAPSS, 622, Março 2009.

HESPANHA, António Manuel. **A política perdida: ordem e governo antes da modernidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

HESPANHA, António Manuel, **Imbecillitas, As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime**, UFMG, 2008.

HIRSCHL, Ran, **Rumo à Juristocracia – As origens e consequências do novo constitucionalismo**, 1ª ed., EDA, Londrina/PR, 2020.

HOBSBAWN, Eric, **A Era das revoluções, 1789-1848**, 19ª ed., Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2005.

HOLMES, Stephen and SUNSTEIN, Cass R., **O custo dos direitos, porque a liberdade depende dos impostos**, Martins Fontes, São Paulo, 2019.

ISSACHAROFF, Samuel, NAGAREDA, Richard A., *Class settlements under attack*. University of Pennsylvania Law Review, vol. 156.

ISSACHAROFF, Samuel and KLONOFF, Robert H., *The Public Value of Settlement*, 78 Fordham L. Rev. 1177 (2009).

JOHNS, C.H.W.(tradutor), *The oldest code of laws in the world*, Edição Kindle, T&T Clark, Edinburgh, Escócia, 1903.

JOHNSTON, David, **Breve História da Justiça** 1ª. Ed., WMF Martins Fontes, São Paulo, 2018.

JOYCE, Richard, *The Evolution of Morality*, Edição Kindle, MIT Press, Cambridge, MA, 2006.

JUDT, Tony, **Pós Guerra, Uma história da Europa desde 1945**, Rio de Janeiro, Objetiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**, 13ª ed., São Paulo, Thompson Reuters Brasil, São Paulo/SP, 2018.

KANT, Immanuel, **Grundlegung zur Metaphysik der Sitten**, Jazzybee Verlag Jürgen Beck, Altenmünster.

KELSEN, Hans, **A democracia**, 3ª ed., São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

KELSEN, Hans, **A ilusão da justiça**, 3ª ed., Martins Fontes, São Paulo/SP, 2000.

KLARMAN, Michael, *Brown v. Board of Education and the Civil Rights Movement*, Oxford University Press, New York/NY, Edição Kindle, 2007.

LETOURNEAU, Alain, « Remarques sur le journalisme et la presse au regard de la discussion dans l'espace public », in Brunet, P.-J., *L'Éthique dans la société de l'information*, Québec/Paris: Presses de l'université Laval/L'Harmattan, 2001.

LEVITSKY, Steven, & ZIBLATT, Daniel, **Como as democracias morrem**, 1ª ed., Zahar, Rio de Janeiro/RJ, 2018.

LOSANO, Mário G., **Sistema e Estrutura no Direito, o Século XX**, vol. 2, São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2010.

LUHMANN, Niklas, **O direito da sociedade**, Martins Fontes, São Paulo/SP, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo, **A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial no Contemporâneo Estado de Direito**, 3ª ed, Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel, **Curso de Processo Civil**, vol 1, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme, **Precedentes obrigatórios**, 4ª ed., RT, São Paulo/SP, 2016.

MATHIAS, Éric, *Le ministère public en Allemagne au XIX<sup>e</sup> siècle* in **Histoire du Parquet**, CARBASSE, Jean-Marie(org.), PUF - Presses Universitaires de France, 2000.

MILARÉ, Édís, **Direito do Ambiente**, 11<sup>a</sup> ed., Thompson Reuters, Brasil, 2018.

MITIDIERO, Daniel, *Colaboração no Processo Civil, Do Modelo ao Princípio*, 4<sup>a</sup> Ed., Revista dos Tribunais, ed. Kindle, 2019.

MOSELEY, Roger V., **Morality, a Natural History**, 1<sup>a</sup> ed., Friesenpress, Altona, Manitoba, Canada, 2019.

PLATÃO, **A República**, Sapienza, São Paulo/SP, 2005.

PONTES JR., Felício, BELTRÃO, Jane Felipe, Xingu, **Barragem e nações indígenas, in Tenotã-Mô, Alertas sobre as consequências dos projetos hidrelétricos no rio Xingu**, Organizador A. Oswaldo Sevá Filho, 1<sup>a</sup> ed. IRN, 2005.

PUGA, Mariela, *La litis estructural em el caso Brown v Board of Education*, in **Processos Estruturais**, Organizadores Sérgio Cruz Arenhart, Marco Félix Jobim, 2<sup>a</sup> ed, Juspodium, Salvador/BA, 2019.

RAWLS, John, **Uma teoria da justiça**, 1<sup>a</sup> ed., 2<sup>a</sup> tiragem, Martins Fontes, São Paulo/SP, 2000.

RODRIGUES, Geisa de Assis, **Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática**, 1<sup>a</sup> edição, Forense, Rio de Janeiro, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius, **Direitos Sociais são Direitos Fundamentais: Simples assim**, Juspodium, Salvador, 2021

SANDEL, Michael J., **Justiça – O que é fazer a coisa certa**, 34<sup>a</sup> ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro/RJ, 2021.

SANTOS, Boaventura de Sousa, **Para uma revolução democrática da justiça**, 3<sup>a</sup> ed., , Cortez, São Paulo/SP, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago, **Direito Constitucional Ecológico**, 6<sup>a</sup> ed., São Paulo, Thompson Reuters, 2019.

SCHWARCZ, Lilia, STARLING, Heloisa M., **Brasil: uma biografia**, 2<sup>a</sup>, ed, São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SEGALL, Erich J., **Originalism as faith**, Cambridge University Press, Cambridge/UK, 2018.

SILVER, Charles, **“We’re scared to death”: Class certification and blackmail**, New York University Law Review, vol. 78, 2003.

STAUT JÚNIOR, Sérgio Said(org.), **Estudos em direito privado**, Curitiba, Luiz Carlos Centro de Estudos Jurídicos, 2014.

STRAUSS, David A., **The Living Constitution**, Oxford University Press, New York/NY, 2010.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian, **Law & Leviathan, Redeeming the Administrative State**, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2020.

TARUFFO, Michele, **Uma simples verdade – O juiz e a construção dos fatos**, 1ª ed. Marcial Pons, São Paulo/SP, 2016.

TATSCH, Ricardo Luís Lenz, **O princípio de retrocesso social na Constituição Brasileira: sede material aplicação e limites**, Editora Fundação Fênix, Porto Alegre, 2021.

THOMAS, Margaret S., *Parens Patriae and the States Historic Police Power*, SMU Law Review, vol.69, 2016.

TUSHNET, Mark, **Taking back the constitution, activist judges and the next age of American law**, Yale University Press, New Haven and London, 2020.

VENTURI, Elton, Arbitragem para quem? Os desafios das arbitragens públicas, gratuitas e coletivas, in **O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni** / Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, coordenadores; Rogéria Dotti, organizadora, São Paulo, RT, 2017.

VENTURI, Elton, **Execução da Tutela Coletiva**, Malheiros, São Paulo, 2000.

VENTURI, Elton, **Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público**, RT, 2005.

VENTURI, Elton, **Transação de Direitos Indisponíveis? Negotiating Unavailable Rights?** Revista de Processo vol. 251/2016 | 391 - 426 | Jan / 2016 DTR\2016\63.

VERBRUGGEN, Aviel, **Pricing carbon emissions – Economic reality and utopia**, Routledge Taylor and Francis Group, New York and London, 2021.

VITORELLI, Edilson, **O devido processo legal coletivo – Dos direitos aos litígios coletivos**, 2ª ed., Thompson Reuters, Brasil, 2019.

WOLKART, Erik Navarro, **Análise econômica do processo civil**, 2ª ed., Thompson Reuters Brasil, São Paulo, 2020.

ZANETI JÚNIOR, Hermes, **A constitucionalização do processo: o modelo constitucional da justiça brasileira e as relações entre processo e constituição**, 2a ed., Atlas, São Paulo, 2014.

ZANETI JÚNIOR, Hermes, **A tutela dos direitos coletivos deve ser preservada no Novo Código de Processo Civil: o modelo combinado de remédios e direitos como garantia de tutela**, in **Processo Coletivo** / coord. Hermes Zaneti Júnior, Juspodium, Salvador, 2016.