

**DESAFIOS TEÓRICOS DA TUTELA JURISDICIONAL DEMOCRÁTICA DE DIREITOS
COLETIVOS: BASES HERMENÊUTICAS PARA A REFLEXÃO SOBRE A EFETIVIDADE
DAS AÇÕES COLETIVAS NUM CONTEXTO CONSTITUCIONAL PLURALISTA**

**THEORETICAL CHALLENGES OF THE COLLECTIVE RIGHTS PROTECTION: IN
SEARCH OF HERMENEUTICAL BASES FOR REFLECTION ON THE EFFECTIVENESS
OF COLLECTIVE ACTIONS IN A PLURALIST CONSTITUTIONAL FRAMEWORK**

Marcelo Guimarães Coutinho (UFG)*

Saulo de Oliveira Pinto Coelho (UFG)**

Resumo:

O pluralismo social contemporâneo apresenta-se como um conjunto perspectivas das quais derivam os interesses coletivos, que representam uma categoria de direitos humanos marcada pela multiplicidade de sujeitos com identidade de demandas. A reiterada desconsideração de interesses coletivos, massificados no contexto do Estado Social, ensejou a criação de instrumentos judiciais para a tutela coletiva. Esses instrumentos, nascidos no contexto da sociedade de massas, mal se consolidaram no Brasil e já encontram seus fundamentos — o Estado Social de Direito e a hermenêutica positivista — em xeque. A pesquisa destaca a ação civil pública, cujo manejo possui grande potencial transformador de relações sociais, como instituto propício para uma reflexão de cunho hermenêutico-filosófico nos marcos do novo constitucionalismo, visto que pouco se pesquisa sobre a efetividade e a eficiência do manejo desse instrumento no Brasil, no que tange à consecução conjugada dos Direitos Fundamentais tratados como um complexo indissociável na ordem constitucional vigente. Busca-se apresentar os desafios da tutela jurisdicional de direitos coletivos e difusos, quando pensada no contexto totalizado da Constituição de 1988, notadamente no que diz respeito ao projeto constitucional de uma efetivação dos Direitos Sociais, sem tratamento massificador da sociedade e dos indivíduos.

* Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás (*e-mail*: marcelo.advufg@ymail.com), sob a orientação do Prof. Doutor Saulo de Oliveira Pinto Coelho.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor efetivo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás (UFG). É professor do Programa de Mestrado em Direito Agrário da Faculdade de Direito da UFG e do Programa Interdisciplinar de Mestrado em Direitos Humanos da UFG (*e-mail*: saulopintocoelho@yahoo.com.br).

Palavras-chave: constitucionalismo democrático; direitos fundamentais; direitos coletivos; pluralismo; ações coletivas.

Abstract:

The contemporary social pluralism is presented as a set of perspectives from that derive collective interests, which represent a category of human rights marked by the multiplicity of subjects with identity demands. The repeated disregard of collective interests, massified in the context of the Social State, led to the creation of legal instruments for the collective protection. These instruments, that were born in the context of mass society, hardly been consolidated in Brazil and already have its foundations — the Social State and positivistic hermeneutic — in check. The research highlights the public civil action, whose management has a great potential to transform social relations, as a conducive institute to a reflection of perspective philosophical and hermeneutic in the new constitutionalism's milestones, since there is little research on the effectiveness and efficiency of the management of this instrument in Brazil, with respect to the conjugated achievement of Fundamental Rights treated as a inseparable complex in current constitutional order. The aim is to present the challenges of judicial protection of collective and diffuse rights, when totaled thought in the context of the 1988 Constitution, especially with regard to the constitutional design for an effectuation of Social Rights, without a massified treatment of the society and the individuals.

Keywords: constitutionalism; human rights; pluralism; collective protection.

Introdução

O presente artigo faz uma reflexão acerca dos problemas da tutela de interesses coletivos na contemporaneidade, segundo a evolução do contexto histórico-sociológico das demandas subjacentes a essa categoria de direitos humanos, revelando, assim, a construção

dos instrumentos judiciais de sua defesa conforme a trajetória de reconhecimento da pluralidade social no Brasil, que tem seu ponto alto na promulgação da Constituição Federal de 1988, a partir do qual se abre um novo horizonte de possibilidades a ser explorado na busca pela efetivação de direitos sociais, sem massificação social.

Primeiramente, são apresentados posicionamentos e análises acerca do fenômeno do pluralismo social, da crise do jusnaturalismo até a atual contemporaneidade pós-positivista, em que o *direito democrático* tem com uma de suas facetas o *direito pluralista*. Relevante se faz, nesse contexto, verticalizar a compreensão da perspectiva democrática do Direito e da pretensa não-estatalidade do pluralismo nos dias atuais, incluindo-se seus desafios, riscos e formas de expressão.

Em sequência, será analisada a carência de instrumentalidade na efetivação dos interesses/direitos sociais em geral, evidenciando-se o desrespeito e a violação a que está sujeita, cotidianamente, essa categoria de direitos humanos. Foca-se em dois diferentes problemas centrais da questão: o primeiro, a ineficácia da proteção coletiva dos direitos sociais, fruto muitas vezes do silêncio institucional provocado pelo poder econômico, outras tantas, do ainda presente apego ao discurso legalista; o segundo problema refere-se à massificação da proteção coletiva dos direitos sociais, fruto da má compreensão dos mesmos, como direitos da pessoa humana: em que pese poderem ser tratados coletivamente, não pode essa tutela coletiva desembocar em tutela massificada desses direitos. Ineficácia, de um lado, e massificação, do outro, são pensados como duas faces da mesma moeda: a inefetividade dos direitos sociais coletivos e difusos. A pesquisa propõe refletir sobre como esses problemas se configuram na experiência brasileira de tutela desses direitos.

Em razão da amplitude de seu objeto, a ação civil pública destaca-se como um dos principais instrumentos processuais para a defesa de interesses coletivos no ordenamento jurídico brasileiro. O modelo da ação coletiva e a experiência de seu manejo no atual contexto da jurisdição constitucional brasileira serão tomados como paradigma a ser criticamente avaliado, do ponto de vista dos problemas teóricos de fundo, envolvidos na configuração desse instrumento constitucional de eficácia constitucional.

Questões como o problema do alcance legal dos legitimados a manejar a ação civil pública são tomadas como questões de partida para proposição de uma revisão das bases dogmáticas e meta-jurídicas, acerca dos instrumentos de tutela de interesses coletivos. Remanescendo ainda pouco problematizadas várias questões relacionadas a isso, como a avaliação da relevância do interesse social na legitimação, ou a colisão da garantia de acesso à justiça com o devido processo legal e a segurança jurídica, a busca por respostas

adequadas/corretas para essas questões atrai, como será visto, uma reflexão hermenêutico-filosófica acerca da efetividade desse instrumento na defesa de direitos fundamentais nos marcos do novo constitucionalismo.

1. Individualismo, Coletivismo e Pluralismo social no Direito Contemporâneo

No decurso da segunda metade do século XX, a forte recorrência ao termo *pluralismo social* nos discursos políticos levou à constatação da complexidade das sociedades industriais, em diferentes âmbitos. Nelas têm sido formadas, cada vez mais, esferas particulares de autonomia em relação aos Estados, “desde os sindicatos até os partidos, desde os grupos organizados até os grupos não organizados” (BOBBIO, 1995, p. 16).

Luhmann (2010, p. 121) atribui tal fenômeno a um incremento na diferenciação social. Não seria algo essencialmente novo, mas o aprofundamento de um processo que se evidenciou com a crise do jusnaturalismo, ou seja, com o descompasso entre uma concepção de sociedade fundada em determinada ordem moral (aplicável a um contexto social de uniformidade de valores, pouco diferenciado) e a conquista de espaços autônomos de representação e fundamentação de ideias religiosas, morais e científicas.

O pluralismo contemporâneo, por sua vez, não se mostra apenas como uma simples postura antidespótica, mas fundamentalmente como uma tendência pretensamente *antiestatal*, que, em verdade, nas suas versões amadurecidas, se revelam como tendência *paraestatal*. O Estado passa a ser tido como um estágio necessário da evolução histórica, que não teria o condão de paralisá-la. Se da sociedade medieval até a consolidação do Estado Moderno observou-se um processo de concentração do poder, na sociedade industrial estaria acontecendo uma inversão desse processo, “com a explosão da sociedade civil e posterior socialização do Estado” (BOBBIO, 1995, p. 17). No início do séc. XX, o Direito Público surge, enquanto regulamentação da burocracia estatal e da democracia representativa, como o principal mecanismo de descentralização e desconcentração do poder (cf. GOZZI, 1998, p. 409-413). No início do séc. XXI, esse Direito Público, para além da descentralização do poder, consolida seu maior enfoque na capilarização da eficácia dos Direitos Fundamentais do Homem, e na implementação dos instrumentos de democracia participativa e dialogal (cf. PEREIRA, 2011, p. 172-176).

É imprescindível ressaltar que não existe uma só concepção de pluralismo. Nos albores da década de 1980, Bobbio (1995, p. 17-8) já alertava que eram várias e distintas as ideologias que se autodefiniam pluralistas, considerando três delas como as principais

correntes: a doutrina social cristã, o socialismo sindicalista (trabalhista) e o liberalismo democrático. Conquanto essa análise ainda permaneça válida no tocante à existência de inúmeros *pluralismos*, deve-se notar que ela está inscrita no *horizonte de compreensões* divisado na disputa pela hegemonia ideológica, econômica e militar entre os Estados Unidos da América (EUA) e a extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), representantes do capitalismo e do socialismo, respectivamente.

A queda do muro de Berlim (1989), seguida do fim do regime soviético, expôs as fragilidades das experiências socialistas de governo em propiciar condições econômicas para a fruição de um padrão de vida confortável, ao contrário do que ocorria nos Estados de Bem-estar social da Europa (*Welfare States*), nos EUA e no Japão. Mas esse triunfo do capitalismo sobre o socialismo não pôs fim à angústia diante da crise das ideologias:

As transformações do mundo que vivenciamos nos últimos anos, seja por causa da precipitação da crise de um sistema de poder que parecia muito sólido e, aliás, ambicionava representar o futuro do planeta, seja por causa da rapidez dos progressos técnicos, suscitam em nós o duplice estado de espírito do encurtamento e da aceleração dos tempos. Sentimo-nos por vezes à beira do abismo e a catástrofe impende. (BOBBIO, 2004, p. 211).

Com o avanço da informática e o aparecimento da rede mundial de computadores (*internet*), as sociedades, que já eram tidas como complexas, passaram a ser consideradas hipercomplexas. Observou-se um acirramento do individualismo, pulverizando os interesses de grupo sob o signo da fluidez das relações de consumo, dado o arrefecimento do sentimento de pertencimento a determinada classe ou comunidade (cf. BAUMAN, 1999, p. 78-9).

Luhmann (2010, p. 140-1), por sua vez, não partilha desses prognósticos sombrios de uma *época de massas*. Enxerga no mesmo estado de coisas uma ampliação das alternativas para o pleno desenvolvimento da personalidade, oportunizando ao indivíduo o exercício de vários papéis sociais. Segundo ele, não fosse pelo caminho do heroísmo, o desenvolvimento da personalidade, em tempos anteriores, dificilmente poderia lograr êxito, pois os papéis sociais eram praticamente fixos. Os indivíduos eram condenados, quase invariavelmente, a resignar-se com as suas frustrações e/ou conviver eternamente com os seus sofrimentos.

Na contramão desse sedutor — talvez especioso — convite ao hedonismo sob a perspectiva do individualismo, os problemas coletivos puseram em pauta a necessidade de uma participação efetiva da coletividade na organização do convívio em sociedade.

Exemplo disso é a percepção da relevância de colimar esforços no sentido de assegurar a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Tanto é assim que, com os resultados dos trabalhos da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento,

publicados em 1987 no livro intitulado *Our common future (Nosso futuro comum)*, ficou definido que desenvolvimento sustentável seria aquele “que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades.” (UNITED NATIONS, 1987, p. 41, tradução nossa). Sem entrar em maiores detalhes quanto às questões ambientais, a fim de não extrapolar os limites do presente trabalho, cumpre alertar que, em razão das mais variadas contingências (riscos) inerentes ao meio ambiente como macrossistema que abriga e mantém a vida em todas as suas formas (cf. LEITE, 2004, p. 14), as tentativas de determinação das necessidades do presente encontram sérias dificuldades no plano prático, quiçá em relação às necessidades do futuro.

No Brasil, para além do reconhecimento do direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o constituinte externou o desejo de construir uma sociedade pluralista e comprometida como a solução pacífica das controvérsias, assentada no ideal de solidariedade, conforme disposto no preâmbulo da Constituição Federal de 1998. Estabeleceu-se o pluralismo político como fundamento da República (art. 1º, V) e o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas como base para o ensino a ser ministrado (art. 206, III). Essa base normativa radicada no texto constitucional deve, então, ser levada em consideração no delicado imbricamento entre individualismo e coletivismo, a fim de que sejam divisados critérios que garantam uma efetivação, sem massificação, de direitos sociais.

1.1 Os desafios e riscos do pluralismo na democracia

Ao conceber o Estado pluralista democrático como aquele que respeita a posição autônoma e crítica dos indivíduos em relação ao todo, ou seja, como legítimo veículo de expressão do poder que se reserva à condição de guia (mentor) e não de tutor (*proprietário*) dos destinos da sociedade, Miguel Reale ressalta a importância da colaboração positiva dos indivíduos e das associações para a própria unidade estatal, *in verbis*:

[...] é a irrenunciabilidade à liberdade originária e o conseqüente poder de crítica dos indivíduos que assegura continuidade e autenticidade ao direito que se objetiva mediante o poder estatal. Poder-se-ia talvez falar em *crítico democrático* para qualificar essa solução política de cunho realista, que não recusa ao Estado a realização de fins comuns, — fins estes irredutíveis aos fins individuais, e que não são também simples soma de interesses individuais, — mas, por outro lado, preserva a força de colaboração positiva e criadora dos indivíduos e das associações, sem cuja autonomia o Estado seria uma unidade amorfa, o ‘*monstro frio*’ de que nos fala Nietzsche. (REALE, 1963, p. 234, grifo do autor).

O ordenamento jurídico desse Estado resulta, então, de um complexo de relações entre as partes e o todo. Portanto, leva em consideração o potencial negativo do pluralismo de

converter-se em fator de desagregação social, o que conduziria a sociedade a disputas entre grupos de interesses opostos que tornam impossível satisfazer qualquer interesse coletivo.

Outro problema capital na vivência do pluralismo no ambiente democrático é que, à medida que o número de membros de determinado grupo cresce, ampliando o seu raio de influência, “o indivíduo que crê ter-se libertado do Estado-patrão torna-se escravo de muitos patrões”, pois “onde quer que se constitua um poder, este mostrará, cedo ou tarde, seu vulto ‘demoníaco’.” (BOBBIO, 1995, p. 33, grifo do autor).

Desse modo, a simples formação de grupos diferenciados na sociedade não é suficiente, por si só, para a caracterização do pluralismo, pois a autenticidade democrática de sua manifestação reside na possibilidade do dissenso, isto é, “a condição reservada àqueles que não fazem parte do bloco” (BOBBIO, 1995, p. 27).

1.2 Pluralismo, crise e reforma tecnocrática do Estado

Ao tratar da reforma do Estado brasileiro, particularmente quanto à participação que foi concedida às *Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público* (OSCIPs), durante os governos dos presidentes Fernando Henrique Cardoso e Luís Inácio Lula da Silva, Horta (2011, p. 181) observa a construção de um amplo espaço para o setor público não estatal nas sociedades contemporâneas, atribuindo esse fenômeno ao “reconhecimento da esfera pública habermasiana”.

Citando a obra *O jardim e a praça*, de Nelson Nogueira Saldanha, e com arguto senso crítico, Horta (2011, p. 177) salienta que tais espaços “talvez se referissem às feiras livres, realizadas no espaço coletivo, mas sem qualquer controle do Estado (e, claro, gerando apropriação privada de bens e recursos: lucro)”. No mesmo sentido, Bobbio (1990, p. 20) chamava a atenção para o risco de, ao tentar romper o domínio avassalador do poder público, cair-se na selvageria do poder privado, na irracional privatização do público.

O movimento de dispersão dos centros decisórios, em que a política estatal cede lugar a organizações sociais e econômicas, tornou-se notório. No interior dessas entidades, assim como em muitos dos setores da administração pública, na consecução das suas atividades, têm preponderado objetivos meramente *poiéticos* (burotecnocráticos) sobre os *éticos* — apesar de serem estes, na concepção de Joaquim Carlos Salgado, a justificativa e a legitimidade para a atuação do Estado em face do contínuo esforço de superação dialética no embate entre a liberdade e o poder (cf. SALGADO, 1998, p. 13-4). O poder econômico e racionalidade econômica tomam o espaço do debate político, lugar inarredável da pluralidade.

Sem ambiente propriamente político, mas apenas técnico-econômico, não se pode falar de pluralismo, pois frente às equações deterministas de mercado, pouco há que se debater e escolher, ou pelo menos assim se procura tratar a questão, no âmbito de instituições como os Bancos Centrais.

De certa maneira, o avanço do pluralismo no Estado Contemporâneo é paradoxal. Pode ser expresso nesses dois movimentos: o do surgimento do espaço público não-estatal, traduzido nas idéias de terceiro setor e sociedade civil organizada, e o da apropriação do Estado pelo Poder Econômico. Questões que, em paralelo, apontariam para uma *Crise do Estado*, a qual, em verdade, é antes uma *Crise da Sociedade Civil*.

1.3 Algumas reflexões sobre os paradoxos do pluralismo nas Políticas Públicas

No vasto oceano de grupos intermediários entre o Estado e o indivíduo, é preciso refletir sobre algo que, embora se apresente como novo no cenário brasileiro, não é tão inédito assim: a criação artificial de corpos sociais, pelo próprio Estado, com base em políticas públicas (veiculadas sob a forma de leis) para induzir e/ou estabelecer padrões de comportamento na sociedade sob a justificativa de atingir determinados estágios de progresso civilizacional — ancorados na promoção da igualdade. Porém, tanto na formulação dessas políticas quanto na sua efetivação, ignora-se a importância de uma leitura atenta dos valores, das tradições e da cultura presentes na sociedade.

Exemplo cristalino disso é a recente introdução, no Brasil, do modelo de ações afirmativas norte-americanas para o ingresso no ensino superior com base em critérios raciais, visando garantir a igualdade de oportunidades. Ora, é sabido que a identidade da nação brasileira foi construída a partir da mestiçagem, que borra as fronteiras das diferenciações fenotípicas, mostrando-se, portanto, avessa a forçosos enquadramentos raciais. Nada obstante, “em nome do multiculturalismo, o governo de Fernando Henrique Cardoso ensaiou dividir os cidadãos em ‘brancos’ e ‘negros’, e o governo de Luiz Inácio Lula da Silva patrocinou a introdução das primeiras leis raciais da história brasileira” (MAGNOLI, 2009, p. 16). Apresentamos essa questão apenas como exemplo de como pode o próprio Estado assumir, em razão das técnicas que separam Governo de Governados, posições que são contrárias ao próprio sentimento social e coletivo; e que não necessariamente estarão erradas, por conta disso.

No que toca às *cotas raciais*, enquanto tal política inspira demandas em seus prováveis beneficiários, alimenta o ressentimento naqueles que se sentem prejudicados por

ela. Conforme demonstram alguns estudos, isso pode resultar, senão em violência, na sofisticação de mecanismos velados de *definição de territórios* e exclusão mútua. Quanto à melhoria global da educação, os efeitos serão pífios. As pessoas, em sua maioria e independente da cor da pele, continuarão sem acesso a um ensino de boa qualidade e, desse modo, suas oportunidades de ascensão social não serão ampliadas. Veja-se: aqui a opção foi por uma solução aparentemente pluralista, mas que na verdade se baseia no tecnicismo econômico, traduzido na percepção da diferença descomunal de custos, entre as duas soluções vislumbradas: a primeira, evidente e clara, a de se tratar verdadeiramente como prioridade a melhoria real da educação pública básica e fundamental, alternativa extremamente dispendiosa; a segunda, evidentemente alternativa à primeira, a de corrigir a distorção do sistema educacional por meio de cotas, ignorando-se a raiz do problema, que é a má qualidade do serviço público de educação básica e fundamental prestada pelo Estado.

Isso revela que o discurso do pluralismo por vezes pode encobrir o real critério de decidir, que de plural possui quase nada (cf. COELHO; PEDRA, 2010).

De forma análoga, as entidades sindicais no Brasil padecem com os efeitos colaterais do artificialismo. É sabido que nos EUA e na Europa realmente houve uma conquista de direitos trabalhistas: ocorreram lutas, por vezes com violência e derramamento de sangue, que culminaram na formação de seus respectivos modelos sindicais. Já no caso do Brasil, o governo do presidente Getúlio Vargas simplesmente decidiu implantar no país um regime sindicalista com base nos delineamentos da *Carta Del Lavoro*, do Partido Fascista Italiano — de Benito Mussolini. Com isso, foram prematuramente *sufocadas* as tensões sociais entre patrões e empregados, que começavam a estabelecer-se em um país que tinha abolido a escravidão há pouco tempo (cf. DELGADO, 2012, p. 112).

Os sindicatos brasileiros, engessados pelo modelo sindical institucionalizado pelo Estado e com direitos trabalhistas como uma espécie de *favor pessoal* do governante, até hoje possuem baixo poder de barganha em face dos empregadores. Também não se mostram interessados em motivar uma maior participação dos seus representados, o que denota um nítido déficit de democracia. As cláusulas do contrato de trabalho praticamente se resumem ao que está garantido em lei, notadamente na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), confirmando a forte normatização estatal na seara trabalhista (cf. DELGADO, 2012, p. 112).

Como política pública, o modelo de tutela trabalhista que possuímos possui várias distorções. Distorções que são da lógica sindical e da lógica da tutela dos direitos trabalhistas. Do ponto de vista de um pluralismo, novamente se revela paradoxal essa área do constitucionalismo brasileiro. Seja porque há baixíssima atuação sindical no Brasil que não

seja meramente corporativista, fisiologista e oportunista. Seja porque, no âmbito da tutela, a conciliação trabalhista se transformou em verdadeiro lugar de transação de interesses, também tomada por critérios econômicos como substitutos de critérios jurídicos.

Nosso já vetusto modelo sindical e o regime recém-criado de cotas raciais são dois exemplos de intervenções estatais que se mostram paradoxalmente não pluralistas, se pensados nos contextos das práticas reais de nossa sociedade. O primeiro antecipou-se à ocorrência de grandes conflitos sociais, mas sob o influxo de um projeto de desenvolvimento de cunho populista. O segundo revela-se como medida paliativa, que não satisfaz a demanda universal pelo acesso à educação de qualidade em todas as fases do ensino — indispensável ao pleno exercício da cidadania. Essas políticas confirmam que a face *ética* do Estado, em que os direitos fundamentais da pessoa são levados a sério, encontra-se, muitas vezes, eclipsada pela *poiética*, em que os direitos fundamentais ficam apenas no discurso justificador da ação governamental motivada por critérios técnico-econômicos (cf. SALGADO, 1998, p. 09-10).

Resta, pois, demasiado clara a obstinação dos governantes em angariar dividendos políticos com o mínimo de esforço, desprezando, a médio e longo prazo, o bem-estar social e os resultados de suas políticas para toda a sociedade, conforme ressaltou a análise a seguir:

É comum, apesar de absurdo, na política brasileira atual se condicionar os critérios de decisão acerca do desenvolvimento de políticas públicas à questão eleitoral. De modo que o bem-estar social gerado pela política pública não seja o critério maior de seu funcionamento, mas sim o resultado eleitoral que ela pode oferecer. (COELHO; ARAÚJO, 2011, p. 11).

Toda a constelação de grupos sociais situados e co-implicados nas complexas sociedades contemporâneas, entrelaça uma ampla e variada gama de direitos e demandas, por vezes paralelas, por vezes, complementares, por vezes antitéticas.

É nesse contexto investigativo que serão analisadas, adiante, as condições e desafios para tutela jurisdicional dos interesses coletivos, que emergem entre as veredas do pluralismo social contemporâneo — estejam elas relacionadas a movimentos espontâneos da sociedade ou à atuação do Estado por meio de políticas públicas.

2. Superação do reducionismo coletivista e tutela de interesses coletivos e difusos

Ao refletir sobre a tutela de interesses coletivos, Souza Filho (1999, p. 312) considerou magistral o romance de Manuel Scorza, intitulado *Garabombo, o invisível*. Além de narrar a luta do povo para fazer valer os títulos concedidos pelo imperador no altiplano

peruano, o autor do referido romance demonstra que esses direitos não eram reconhecidos justamente pelo fato de serem coletivos (cf. SOUZA FILHO, 1999, p. 312).

Cada vez que Garabombo, pacificamente, reivindicava direitos da comunidade a que pertencia, era subitamente tomado por uma estranha doença que o deixava invisível. De nada adiantava ingressar nas repartições públicas ou tentar falar com as autoridades: não era visto nem ouvido. Conquanto essa estranha condição facilitasse ao protagonista obter papéis (documentos), as autoridades não os reconheciam, já que o portador não podia ser visto (cf. SOUZA FILHO, 1999, p. 312).

A arte literária ilustra, de modo contundente, a existência de uma multiplicidade de sujeitos (no romance citado, aqueles que fazem parte da comunidade do altiplano peruano) com identidade de demandas (o reconhecimento dos títulos concedidos pelo imperador sobre as terras que, tradicionalmente, eram ocupadas pelos membros da comunidade).

Em vista dessa categoria de dado empírico (sociológico) que inspirou o referido romance, embora sob a perspectiva de uma dogmática jurídica construída sobre as bases do positivismo legalista e marcada pelo protagonismo do sujeito de direito individual, foram criados no Brasil procedimentos que pudessem dar uma resposta à necessidade de tutela jurisdicional de interesses coletivos que, não raro, costumam ser violados ou simplesmente ignorados, tanto pelas autoridades estatais quanto por indivíduos, ou mesmo pelos mais variados grupos sociais que se fazem presentes e atuantes na sociedade.

Daí o surgimento da ação civil pública como um destacado instrumento jurídico-processual no Brasil. Em vista do amplo leque de pretensões que podem ser veiculadas por meio dela, à época da sua criação esperava-se tornar visível o grito mudo de direitos solenemente ignorados.

Isso não significa, todavia, que tenha menor importância o processo objetivo de controle de constitucionalidade de leis e demais atos normativos, bem como de um específico controle de políticas públicas — que começa a ser pensado a partir do reconhecimento de um dever de prestação de contas pelos agentes públicos, que não se limite à análise formal do gasto público, mas que alcance capacidade de avaliação material da eficiência do gasto e as ações públicas, frente aos direitos fundamentais visados — princípio do *accountability* (cf. PEREIRA, 2011, p. 176).

A tutela coletiva promovida por meio da ação civil pública, como instrumento jurídico-processual, supõe um contexto fático de lesão ou ameaça a direito. Já o processo objetivo de controle de constitucionalidade tem por finalidade declarar a invalidade ou confirmar a validade, abstratamente, de uma norma infraconstitucional tendo por parâmetro a

própria Constituição, seja ela tomada na totalidade de suas normas ou restrita a seus preceitos fundamentais (cf. BARROSO, 2011, p. 323).

O controle de políticas públicas, por sua vez, relaciona-se à pretensão de correção da discricionariedade administrativa com base no sentido ético-deontológico das normas constitucionais, conforme se depreende da seguinte observação:

[...] Se no ato administrativo discricionário é certo que o administrador está livre de uma aderência absoluta à lei, nem por isso seu poder de escolha pode desconsiderar o conteúdo principiológico da Constituição. Portanto, o ato administrativo escapa de controle de legalidade, porém permanece indispensável que ele seja controlado em sua constitucionalidade. (STRECK, 2011, p. 41).

Evidentemente, isso não impede que, no bojo da própria ação coletiva, seja arguida a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, situação que caracteriza o controle incidental de constitucionalidade (cf. BARROSO, 2011, p. 323). Na verdade, a ação civil pública foi projetada como veículo processual para a dedução de pretensões coletivas relacionadas a direitos fundamentais, seja diretamente ou por meio de discussões travadas na interpretação de atos normativos infraconstitucionais, consoante o reconhecimento do papel substancial do pluralismo social para formação da vontade política na estrutura republicana da sociedade brasileira (art. 1º, V, da CF/1988).

Sendo assim, a pluralidade de sujeitos (determinável ou difusa) atingida pelos efeitos do processo coletivo suscita candentes discussões que desafiam a dogmática jurídica tradicional, fundada no protagonismo do sujeito de direito individual. Daí a necessidade de uma séria reflexão sobre as condições que legitimam o manejo da ação civil pública, em atenção à concretização da garantia de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CF/1988). Revela-se, por outro lado, a integralidade do papel constitucional de instrumentos de tutela coletiva como a ação civil pública, não como instrumento de satisfação egoístico (nesse sentido, corporativo) do interesse particular de determinada coletividade, mas como instrumento de ponderação efetivamente pluralista dos interesses das coletividades e das individualidades em jogo, frente à pretensão de uma determinada coletividade.

Assim sendo, antes de funcionar apenas como elemento de satisfação egoística das pretensões jurídicas de uma dada coletividade, as ações coletivas devem funcionar como ambiente discursivo de controle de constitucionalidade das atividades e das políticas públicas relacionadas às pretensões ajuizadas, visando à co-implicação plurilateralmente otimizada dos direitos envolvidos na situação conflituosa.

As ações constitucionais coletivas devem ser mais que o mecanismo autômato de confirmação do direito público subjetivo de uma dada coletividade, o lugar institucional

discursivo privilegiado de debate em concreto acerca do sentido constitucional adequado de satisfação desses direitos, frente ao macro-projeto de justiça social constitucionalmente delineado. Para além do coletivismo e do corporativismo, as ações constitucionais coletivas precisam assumir um desenho superador da modernidade reducionista, capaz de propiciar uma ótica de abordagem realmente pluralista e não-reducionista das complexidades situacionais nelas tratadas.

3. Elementos para uma crítica do *modus operandi* tradicional das ações coletivas

Nas ações coletivas, o “bem da vida” almejado com o provimento jurisdicional não é de interesse específico daquele que maneja o instrumento jurídico-processual. A forte conexão existente nas ações privadas entre interesse de agir e legitimidade processual não tem lugar na tutela coletiva, não apenas nas hipóteses de interesses difusos — cuja individuação dos interessados é extremamente difícil ou até mesmo impossível, a exemplo do que ocorre com o meio ambiente (cf. MANCUSO, 1999, p. 46).

Quanto à posição do legitimado para o manejo das ações coletivas em relação ao interesse objeto de tutela jurisdicional, guardadas as devidas ressalvas no que toca às diferenças entre os sistemas de direito romano-germânico e anglo-americano na concepção de instrumentos de tutela coletiva, quem comparece em juízo buscando a satisfação de interesses coletivos, assim deve fazê-lo à maneira do *ideological plaintiff* (queixoso ficto) das *class actions* (ações de classe) norte-americanas (cf. MANCUSO, 1999, p. 46).

É cediço que, no ordenamento jurídico brasileiro, “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, nos termos do art. 6º do Código de Processo Civil (CPC). Isso significa que é preciso ter um substrato legal mínimo para a identificação de legitimados à defesa de interesses coletivos em juízo, mesmo porque os efeitos da decisão judicial poderão recair sobre diversas pessoas que não participaram da formação e do desenvolvimento da relação jurídico-processual.

Aquilo que é encarado como legitimação extraordinária nas ações individuais de cunho privado é a nota característica do processo coletivo, a ponto de ser considerada como ordinária no caso das associações (cf. MANCUSO, 1999, p. 115-116). Daí a necessidade de uma tutela diferenciada, que reclama a construção de uma nova dogmática jurídica, já que a tradicional está assentada no sujeito de direito individual (cf. MORAIS, 1996, p. 114).

Conforme a redação original do art. 1º da Lei nº 4.717/1965, a ação popular, atualmente prevista no art. 5º, LXXIII, da CF/1988, permitiu que qualquer cidadão pudesse

pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos a bens e direitos que integrem o acervo patrimonial de entidades estatais, isto é, para coibir danos a bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico.

Em verdade, tratava-se de um procedimento que viabilizava a colaboração do *bom samaritano*, o cidadão movido por alto nível de consciência cívica e republicana, no zelo por bens de titularidade subjetiva do Estado. Bens públicos de uso comum do povo (rios, praças, mares, etc.), conforme definidos no art. 99 do Código Civil de 2002 (CC/2002), de utilidade imediata para a coletividade, nem sempre podiam ser tutelados judicialmente por meio desse instrumento. Com a inclusão, pela Lei nº 6.513/1977, dos bens de valor turístico na concepção de patrimônio público da ação popular, foi possível divisar nesse procedimento uma tutela cujo *interesse* estivesse menos vinculado ao Estado, conferindo-lhe o *status* de “embrião” das ações coletivas em terra *brasilis*.

Evidentemente, a ditadura militar no Brasil, imposta com o Golpe de 1964, não conseguiu paralisar as transformações sociais e econômicas no país. As múltiplas demandas da sociedade brasileira apelavam para a redemocratização como alternativa de solução de vários problemas: o pluralismo social, subjacente à estrutura autoritária de governo, não podia mais ser ignorado. Era necessário criar procedimentos judiciais para a defesa de interesses coletivos que não estavam associados, necessariamente, a bens cuja titularidade pertencia a entidades do Estado (cf. MORAIS, 1996, p. 176).

Anunciando o reconhecimento do pluralismo social contemporâneo, como valor e base para a participação política num Estado de Direito que se refundaria sob o regime de governo democrático (preâmbulo e art. 1º da CF/1988), a ação civil pública foi concebida com a intenção de dar resposta à necessidade de defesa dos interesses que se desvelam em utilidades mais imediatas (diretas) para a coletividade (cf. MANCUSO, 1999, p. 50-1), como o meio ambiente, as relações de consumo, infrações à ordem econômica e urbanística. Razão pela qual foram genericamente contemplados os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 1º da Lei nº 7.347/1985), independentemente da sua titularidade subjetiva.

Imprescindível destacar que, diante da amplitude do objeto da ação civil pública, o Poder Executivo resolveu “[...] impedir o cabimento de tutela coletiva de interesses transindividuais em matérias que se poderiam voltar contra o próprio governo” (MAZZILLI, 2008, p. 717), fazendo incluir, pela Medida Provisória (MP) nº 2.180-35/2001, um parágrafo único ao art. 1º da Lei nº 7.347/1985, para proibir a veiculação de “pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou

outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”, ao arrepio da garantia constitucional de acesso coletivo à justiça.

Isso sem mencionar a polêmica *cláusula geral* do inciso IV do art. 1º desse diploma legal, que abria as possibilidades para a defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo, vetada pelo então Presidente da República, José Sarney, mas posteriormente acrescentada pela Lei nº 8.078/1990, que regulamentou o Direito do Consumidor.

Com essas considerações, verifica-se que o grande salto democrático foi legitimar as associações da sociedade civil a manejar a ação civil pública, pois todos os outros colegitimados são órgãos do Estado (art. 5º da Lei nº 7.347/1985), a saber: o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e as entidades pertencentes à administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista).

As associações devem estar constituídas há pelo menos 01 (um) ano nos termos da lei civil e as suas finalidades institucionais devem guardar pertinência com o objeto de tutela coletiva (art. 5º, V, “a” e “b”). Entretanto, “o requisito de pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido” (art. 5º, § 4º).

Com a Lei nº 11.448/2007, a Defensoria Pública foi incluída entre os legitimados. O Ministério Público, não sendo o autor da ação, obrigatoriamente deverá atuar como fiscal da lei, sob pena de nulidade do processo (art. 5º, § 1º). E mais: dada a prevalência do interesse coletivo, na hipótese de desistência infundada ou abandono da ação pela associação que a propôs, o Ministério Público ou outro legitimado poderá assumir a sua titularidade ativa, conforme a redação dada pela Lei nº 8.078/1990 ao § 3º do referido art. 5º.

Quanto ao Ministério Público, é interessante observar que, embora com objeto ainda restrito, sua legitimidade contou com um antecedente legal, previsto no art. 14, § 1º, da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), que lhe conferia a possibilidade de propor ação de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente.

A despeito do avanço legislativo no que toca à previsão dos legitimados para a defesa de interesses coletivos em juízo, remanescem obscuras muitas questões, que auxiliam na colocação da ordem de problemas a que está sujeito o manejo da ação civil pública, entre elas: a) como avaliar o manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido, para que o requisito de pré-constituição da associação possa ser afastado pelo juiz? b) nos casos de direitos individuais homogêneos (divisíveis porque individuais, mas de origem comum e, portanto, coletivos por

contingência), se não há associação que possa defendê-los judicialmente, como fazer uma correta análise da relevância social na legitimação do Ministério Público? c) em que medida a defesa coletiva de direitos individuais homogêneos não limita a autonomia pessoal do indivíduo, prejudicando o livre desenvolvimento de sua personalidade, em detrimento da própria dignidade humana? d) como garantir que o indivíduo não seja submetido a ditames arbitrários de alguns membros de instituições legitimadas como o Ministério Público, nem fique refém da inércia ou disfunção de entidades públicas, associações e sindicatos? e) de que modo os possíveis efeitos da decisão judicial na tutela de interesses coletivos devem ser levados em conta na legitimação? f) sobre quais bases é possível conciliar o acesso coletivo à justiça com o devido processo legal e a segurança jurídica? g) e de que maneira as ações coletivas podem ser pensadas como instrumento de democratização social e não de massificação social?

Todos esses questionamentos deixam claro que o problema da defesa de interesses coletivos não se restringe à verificação da existência de substrato legal para a identificação dos legitimados, nem apenas ao que está abstratamente disposto na lei como objeto da ação civil pública. Reside, fundamentalmente, na interpretação normativa das possibilidades de reconhecimento dos interesses apresentados em juízo, ou seja, diz respeito à hermenêutica constitucional dessa questão e à definição de uma metodologia jurisdicional básica para o debate não-reducionista das pretensões coletivas em juízo, capaz de apresentar critérios para a correção das decisões em matéria coletiva, que vão muito além da mera tutela do direito subjetivo imediatamente pleiteado.

3.1 As insuficiências do moralismo jusnaturalista e do formalismo positivista como referências hermenêuticas e metodológicas das ações coletivas

Não se pode negar ao positivismo o mérito de denunciar o caráter dogmático, absoluto e arbitrário do jusnaturalismo. Um fundamento de validade material absoluto para o direito só se sustentaria em sociedades dotadas de extrema homogeneidade moral, “em que as crenças, costumes e visões de mundo são partilhados de forma razoavelmente objetiva” (GOMES, 2008, p. 295). Após a Revolução Francesa, com a crescente diferenciação social, esse modelo perdeu força até esgotar-se, dando lugar ao legalismo do século XIX e, mais tarde, ao positivismo relativista do século XX (cf. GOMES, 2008, p. 295).

Se o positivismo apresentava como vantagem a pretensa ausência da imposição das visões de mundo de uns sobre as de outros, reconhecendo a existência de um marcado

pluralismo social, mostrava-se, por outro lado, destituído da complexidade necessária ao tratamento desses exponenciais graus de diferenciação social, realizando o caminho do reducionismo legalista abstrativo. Completamente destituído de um critério para julgar a legitimidade do conteúdo (matéria) do direito, senão pela capacidade de reduzir as situações reais da sociedade às fórmulas abstratas da lei, o positivismo novecentista legou ao legalismo jurídico brasileiro uma visão de redução silogística às hipóteses legais. Nessa esteira, guardando coerência com as suas premissas, não se lhe afigurava outra opção senão a mera validade formal do direito (cf. GOMES, 2008, p. 296).

Streck (2011, p. 31-2) esclarece que o positivismo expressa-se em dois momentos básicos: a) a fase do positivismo exegético, que reduz o problema da interpretação do direito à conexão lógica dos signos que compõem os enunciados dos códigos, traduzido pelo velho bordão: “o juiz é boca que pronuncia as leis”, considerada por ele já superada; b) a fase do positivismo normativista que, a despeito de pretender dar solução à interpretação do direito sob o prisma do inter-relacionamento estritamente lógico-formal das normas jurídicas, com a metáfora da “moldura da norma” de Hans Kelsen, desloca o problema do aspecto sintático para o semântico, lançando no imaginário dos juristas e demais operadores do direito a ideia de discricionariedade ou decisionismo do intérprete.

Essa indeterminação reconhecida pelo positivismo normativista é o que Hebert Hart denominou textura (ou tessitura) aberta na aplicação do direito:

O fundamento do Direito se dá, para Hart, por meio de uma ‘teoria do reconhecimento’, que tem a vantagem de não reduzir a validade ao ponto de vista externo do ‘ter obrigação de’, mas incorpora um ponto interno da concordância histórico-social do participante de uma comunidade jurídica que sente ‘ser obrigado a’. A norma é de fato um padrão de comportamento. Mas a validade ainda está restrita ao sistema auto-referente. E nesse sentido a tessitura aberta do Direito é limitada pela forma. (REPOLÊS, 2008, p. 326).

As teorias de Hart e de Kelsen não solucionam o problema da concreção do direito, limitando-se a dizer que, na escolha entre várias possibilidades de adequação, o juiz pode lançar mão de um critério que não seria propriamente jurídico. Circunstância que trai a pretensão positivista de depurar o direito da moral (cf. GOMES, 2008, p. 300-1).

As ações constitucionais de tutela de direitos coletivos surgiram no Brasil no contexto desse modelo positivista-legalista, entreposto da postura exegética e normativista, Cabe superar tal lógica de utilização das ações coletivas, posto que não é capaz de traduzir-se em critérios de decidir na complexa ponderabilidade dos bens em jogo nas situações de tutela de direitos coletivos.

3.2 O esforço do procedimentalismo pós-positivista para funcionar como critério de decidir nas questões envolvendo pretensões coletivas

Segundo Repolês (2008, p. 326), Ronald Dworkin critica a *regra de reconhecimento* de Hart, propondo ir além do mero ato de procura do direito nas decisões passadas. Seria necessário, pois, fazer uma reflexão sobre o processo de interpretação, a partir de uma compreensão do passado, selecionando e reconstruindo as tradições, de modo que visões, opiniões, convicções morais e políticas distintas possam compor uma história institucional coerente e contínua, à maneira de uma novela escrita por vários autores.

A defesa positivista do poder discricionário do juiz também se tornou objeto de contestação das teorias contemporâneas que propõem critérios de argumentação e fundamentação discursiva no direito, posicionando-se pela ideia de que a correção da decisão judicial (a validade do direito) não estaria assentada em um critério moral absoluto, nem apenas na legalidade conforme o ordenamento jurídico, mas no procedimento de sua produção (cf. GOMES, 2008, p. 301-2).

Um dos grandes expoentes dessa corrente foi Robert Alexy, que, fortemente influenciado pela *Teoria Consensual da Verdade* de Jünger Habermas, manifestou-se a favor de uma teoria procedimental da argumentação jurídica já no primeiro manuscrito de sua *Teoria da Argumentação Jurídica*, buscando superar o problema da relativa indeterminação do direito no momento da sua aplicação (cf. GOMES, 2008, p. 305-6).

Com base em decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Alexy formulou a sua tese de ponderação de princípios: uma operação para a interpretação/aplicação do direito que teria o condão de superar o problema da indeterminação legado pelo positivismo normativo. Em linhas gerais, os princípios seriam uma categoria de normas dotadas de plasticidade, ao contrário da ordinária rigidez das regras, o que permitiria a sua realização em diversos graus, dependendo das relações de precedência que as colisões entre eles podem ensejar, deduzidas a partir das circunstâncias do caso concreto em análise:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2011, p. 90).

No entanto, esse autor reconhece que a operacionalização proposta em sua teoria encontra limitações significativamente crescentes na ponderação que envolve as colisões de mais de dois princípios simultaneamente (cf. ALEXY, 2011, p. 118), situação que, conforme apontado alhures, costuma ocorrer quando interesses coletivos são postos em juízo.

À medida que se promove um alargamento na senda para o acesso coletivo à justiça, também aumenta o número de pessoas afetadas pela decisão judicial (mesmo que não tenham figurado de forma expressa na relação jurídico-processual, até mesmo por inviabilidade prática de notificação de todos os interessados no litígio), o que enseja uma colisão com a garantia ao devido processo legal e com o princípio da segurança jurídica. Em casos assim, o esquema de solução para colisões binárias de princípios em face das circunstâncias do caso concreto — alicerçado nos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito — mostra-se falho na fundamentação da escolha de medidas que permitam otimizar a satisfação dos princípios colidentes. Em outras palavras: quanto maior o número de princípios em colisão simultânea, mais difícil é encontrar uma medida que, além do atendimento ao princípio prevalecente na fundamentação da decisão sobre o caso concreto, permita que a satisfação de todos os demais princípios seja afetada da forma menos gravosa possível.

Cumprido destacar que Habermas deduziu severas críticas à leitura que Alexy realizou acerca do modelo construtivo do direito de Dworkin. Para aquele teórico do procedimentalismo, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas deveria “deixar-se reger por uma lógica deontológica binária (princípio da adequabilidade das normas à unicidade e irrepetibilidade da situação concreta de aplicação), e não por uma axiologia gradual e multipolar (princípio da ponderação ou do equilíbrio de valores)”. (STRECK, 2011, p. 83-4).

Tal questão se desdobra nas questões das ações constitucionais e em especial nas ações civis públicas, já que, em regra, essas diferenças entre a *Teoria Ponderativa do Direito*, de Alexy, e da *Teoria Integrativa do Direito*, de Dworkin, são confundidas e mal compreendidas por aqueles que manuseiam tal instrumento. Em geral, nessas ações busca-se a tutela de certos bens ou interesses, frente a outros bens ou interesses constitucionalmente reconhecidos, mas se busca argumentar e ponderar a relação entre esses bens sem qualquer critério de correção.

3.3 A proposta da hermenêutica filosófico-constitucional

Conforme demonstrado nos dois últimos tópicos, o positivismo revelou-se incapaz de sanar a crise do jusnaturalismo, legando à posteridade um problema de ordem semântica na interpretação/aplicação do direito. Mesmo expoentes do procedimentalismo pós-positivista (Habermas e Alexy) não se entendem sobre a matéria, o que deixa clara a existência de uma verdadeira disputa de paradigmas no direito.

A hermenêutica filosófico-constitucional, por sua vez, surge como resposta aos dilemas colocados nas sociedades pluralistas, no sentido de “realizar um padrão normativo que defina o jogo da convivência política e possibilite, ao mesmo tempo, o controle sobre o arbítrio e a legitimidade das opções de sua própria realização” (PEREIRA, 2001, p. 1-2).

A sua referência teórica é a *Hermenêutica Filosófica* de Hans-Georg Gadamer, que fez uso de várias categorias encontradas nos trabalhos sobre *Fenomenologia da Existência* de Martin Heidegger, segundo o qual “a compreensão deixa de ser uma propriedade para se tornar um modo de existência, um elemento constitutivo do *Dasein* (do ser-aí), algo, portanto, anterior e mais profundo do que qualquer preocupação com a ‘atividade interpretativa’ tal qual concebida até então” (PEREIRA, 2001, p. 17).

Com isso, Gadamer questiona o principal *dogma* do iluminismo: a verdade como produto do método, que deriva da cisão sujeito-objeto cartesiana. Critica-se, assim, a busca de razões metodológicas na validação do conhecimento, frisando-se que o desvelar da verdade

[...] sempre depende da situação hermenêutica (horizonte histórico) em que se encontra o sujeito que se põe a compreender; depende sempre de um constante diálogo com a tradição que se faz presente na plêiade de pré-compreensões que formam, ontologicamente, a compreensão individual. (PEREIRA, 2001, p. 18)

Daí, falar-se no giro hermenêutico filosófico: a libertação da absolutização do método, da sombra iluminista sobre a estrutura da compreensão — que, em vez de esclarecer, oculta a tradição e a história em sua busca míope pela verdade:

[...] para garantir a verdade, não basta o gênero de certeza, que o uso dos métodos científicos proporciona. Isso vale especialmente para as ciências do espírito, mas não significa, de modo algum, uma diminuição de sua cientificidade, mas, antes, a legitimação da pretensão de um significado humano especial, que elas vêm reivindicando desde antigamente. O fato de que, em seu conhecimento, opere também o ser próprio daquele que conhece, designa certamente o limite do método, mas não o da ciência. O que a ferramenta do ‘método’ não alcança tem de ser conseguido e pode realmente sê-lo através de uma disciplina do perguntar e do investigar, que garante a verdade. (GADAMER, 1997, p. 709).

Gadamer toma como ponto de partida da compreensão o *horizonte histórico*, categoria situada no “conjunto de experiências trazidas na História que forma indissociavelmente nosso raio de visão e pré-moldam nossas interações intelectivas com os fenômenos que se nos postam à frente”, resgatando a ideia de pré-compreensão (pré-juízo, pré-conceito) heideggeriana (PEREIRA, 2001, p. 27-8).

Esse filósofo reconhece uma “interação entre o mundo daquilo que se conhece (horizonte de experiência no qual foi produzido) e o mundo daquele que se propõe a conhecer (horizonte de experiência no qual se situa o observador)”, resultando a compreensão dessa *fusão de horizontes*, denominada *círculo hermenêutico* (PEREIRA, 2001, p. 35-6).

As construções hermenêuticas de Gadamer repercutem explosivamente sobre as teorias procedimentalistas, fazendo com que teóricos alinhados a essa corrente, como Habermas, além de refletir sobre as suas teorias, também levantassem críticas à teoria gadameriana, entre as quais: a) dar azo ao subjetivismo e ao relativismo, já que despreza a importância do método; b) render-se ao conservadorismo, uma vez que importa na cega submissão à tradição (cf. PEREIRA, 2001, p. 54).

Ao procurar respostas a essas críticas, Rodolfo Viana Pereira ressaltou que

[...] a Hermenêutica nunca foi contra o conceito e a relevância do método, mas a uma apropriação teórica específica sobre ele que achava possível aceder metodologicamente à verdade absoluta e universal. É [...] plenamente possível a convivência com uma determinada metodologia científica, desde que não se perca de vista o caráter situado de toda compreensão e, também, da própria instrumentalidade do método que leva à provisoriedade de qualquer descoberta e nunca a resultados objetiva e eternamente válidos. (PEREIRA, 2001, p. 62)

Após as críticas quanto ao peso da tradição, Gadamer passou a enfatizar aspectos de sua teoria colocavam à prova, constantemente, as pré-compreensões do intérprete:

[...] para fugir da afirmação de que sua teoria daria azo a uma submissão cega à força da autoridade e da tradição, que não seria capaz de distinguir entre preconceitos legítimos e preconceitos ilegítimos, nem seria competente para ultrapassar condições de comunicação ideologicamente perturbadas, passa igualmente a ressaltar as propriedades críticas presentes na própria Hermenêutica, as quais podem ser representadas pelas ideias de *antecipação do todo*, *distância temporal*, *diálogo*, *situação de aplicação e retórica*; [...]. (PEREIRA, 2001, p. 63, grifo no original).

Conforme o que foi exposto, há muitas semelhanças entre a postura da hermenêutica filosófica de Gadamer e a *Teoria Integral do Direito* de Dworkin. Vale salientar, porém, que esse segundo autor parte de uma perspectiva centrada no indivíduo, tanto que, para ele, “princípios são apenas aquelas normas que podem ser utilizadas como razões para direitos individuais” (ALEXY, 2011, p. 116), algo que precisa ser ajustado à intersubjetividade própria à ideia de pluralismo social.

Ainda sobre essa questão, Alexy salienta a conveniência de um conceito amplo de princípio, que também se refira a interesses coletivos, exigindo “a criação ou a manutenção de situações que satisfaçam – na maior medida possível, diante das possibilidades jurídicas e fáticas – critérios que vão além da validade ou da satisfação de direitos individuais”. (cf. ALEXY, 2011, p. 115-6).

Para a hermenêutica filosófica constitucional, os princípios constitucionais são de substancial importância. Como estruturas deontológicas de conformação do direito que encerram valores construídos coletivamente, possibilitam um *ajuste fino* no controle da atuação do intérprete, que, no esforço de superar as suas pré-compreensões, pode alcançar

uma resposta/decisão correta, situada em dado contexto histórico e cultural. Daí a necessidade de conscientização da plurivocidade semântica dos direitos fundamentais, que expressa, de um lado, uma abertura para a compreensão plural no ambiente democrático e, de outro, mostra-se suscetível à manipulação voltada para concretizar leituras unilaterais de seu significado, portanto, autoritárias (cf. COELHO; PEDRA, 2010, p. 16).

3.4 Elementos para a construção de uma dogmática pluralista das ações constitucionais de tutela de direitos coletivos

Na esteira de uma hermenêutica filosófica constitucional que não prescinde de métodos, mas cumpre o papel de pô-los à prova pelo resgate da maiêutica grega, a defesa de interesses coletivos em juízo enseja a descoberta de elementos que podem dar sustentação a uma dogmática pluralista, própria a um ambiente realmente democrático.

Não se deve confundir dogmatismo, isto é, uma postura dogmática em relação a algo, com o termo *dogmática jurídica*. É bem verdade que o dogmatismo pode invadir o mundo jurídico, a exemplo de certas expressões do jusnaturalismo, que pretendiam

[...] atingir o direito em si ou as ‘verdades universais da juridicidade’, mediante o emprego de processos racionais, a partir de certas evidências, modelando-se conceitualmente tipos ideais de institutos jurídicos a que a experiência concreta deveria corresponder para ter legitimidade ou licitude. (REALE, 1999, p. 161).

Mesmo assim, a dogmática jurídica refere-se à manifestação da Ciência do Direito no esforço de estudo e sistematização das normas jurídicas vigentes, que são aceitas como ponto de partida para a definição do direito positivo. É essa a lição de Miguel Reale:

A Dogmática Jurídica deve, em suma, ser compreendida como o momento culminante da Jurisprudência, ou seja, da Ciência do Direito na plenitude de sua existência, como horizonte de sua objetividade, e o horizonte não se põe jamais como limite definitivo, mas é linha móvel a projetar-se sempre à frente do observador em marcha. (REALE, 1992, p. 145).

As complexas questões levantadas na investigação do manejo da ação civil pública, como a relevância do interesse social e a preservação da autonomia individual, ou a colisão da garantia de acesso à justiça com o devido processo legal e a segurança jurídica, conduzem a um mergulho na problematidade dos conflitos — que implicam em estudos de casos, constituindo uma dimensão empírica que é necessária para fecundar análises sólidas na construção de uma dogmática pluralista. Desafio considerável, haja vista que:

No Brasil, com raríssimas exceções, nunca houve uma tradição, entre os trabalhos acadêmicos, de utilizar a jurisprudência como material de trabalho. Quando muito, algumas decisões são citadas como forma de argumento de autoridade, mas

difícilmente se vê em trabalhos acadêmicos uma pesquisa extensiva na jurisprudência de determinado tribunal. (SILVA, 2010, p. 32).

À guisa de conclusão do presente trabalho, mas não como fecho da pesquisa que lhe é subjacente, passa-se às considerações finais sobre os problemas aqui destacados.

Considerações Finais: em busca da eficiência e da efetividade dos instrumentos de tutela de interesses coletivos

O pluralismo social contemporâneo aparece no cenário da sociedade pós-moderna como um fenômeno complexo, com nuances que envolvem a afirmação e a luta pelos mais variados direitos humanos, com destaque, consecutivamente, para os interesses coletivos. Existe, no entanto, uma certa regularidade entre os muitos pluralismos: costumam ser arredios ao Estado totalizante e incompatíveis com o individualismo atomizante. Mesmo assim, ao lado do surgimento espontâneo de grupos intermediários entre o Estado e a sociedade, há aqueles que são formados por meio de políticas públicas, notadamente pela atuação estatal na promoção da igualdade — nem sempre comprometida com um sentido ético-deontológico, voltado para o bem comum, mas encobrindo a verdadeira razão de decidir no discurso de justificação das ações governamentais motivadas por critérios técnico-econômicos.

A reiterada desconsideração dos interesses coletivos (por entidades estatais, pelos indivíduos ou por grupos sociais presentes e atuantes na sociedade) deu ensejo a preocupações no sentido de criar procedimentos para a defesa de interesses coletivos em juízo, no afã de satisfazer as esperanças do século XX, que avançam titubeantes para o terceiro milênio.

A conquista de visibilidade dos direitos coletivos e a sua afirmação no contexto social dependem, não raro, da atuação jurisdicional. Nesse passo, a ação civil pública e os demais instrumentos jurisdicionais de tutela de direitos coletivos e difusos podem ser pensados como institutos direcionados constitucionalmente para o reconhecimento do pluralismo social pela Constituição Federal de 1988, como valor e princípio do Estado de Direito, refundado sob o regime democrático.

Nesse sentido, a ação civil pública deve ser tomada como um *locus* discursivo para o controle de constitucionalidade das atividades e das políticas públicas relacionadas às pretensões veiculadas por meio dela. Utilizá-la de forma caprichosa, voltada apenas para a satisfação de interesses egoísticos de determinado grupo social, importa no desvirtuamento das possibilidades de realização do seu potencial para a superação da modernidade reducionista, em detrimento do macro-projeto de justiça social delineado na Carta Política de

1988 e do reconhecimento da dignidade humana — como expressão do livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo e da necessidade de respeitar a sua autonomia para decidir sobre questões que lhe afetam diretamente, algo que se opõe à massificação social.

Embora o objeto da ação civil pública contemple, efetivamente, interesses diretos da coletividade, indicando os legitimados para manejá-la, a previsão legal é apenas o ponto de partida na questão da legitimação. O cerne da discussão diz respeito às possibilidades de interpretação normativa, cabendo à hermenêutica filosófica constitucional um papel crucial de reflexão sobre os critérios de correção da fundamentação de decisões, em observância à satisfação real do ônus argumentativo e à garantia constitucional de acesso coletivo à justiça.

A análise das condições do manejo da ação civil pública exige estudos de casos concretos, a partir dos quais a carga significacional de conceitos jurídicos vagos, como relevância/interesse social, pode ser apreendida com maior precisão. Tal exercício hermenêutico filosófico, radicado na faticidade dos conflitos, ainda pode ser capaz de revelar elementos para a construção de uma dogmática pluralista: não se trata da busca de bases genético-nomativas para a criação de *standards* procedimentais rígidos, mas da sistematização de critérios no sentido de satisfazer a pretensão de correção das decisões judiciais na seara da tutela coletiva, que demandam constante atualização ante a dinamicidade dos fatos sociais.

O ambiente de complexidade dos interesses coletivos exige uma leitura mais aprofundada e crítica do esquema proposto por Alexy para a solução das colisões entre princípios, que está alicerçado no entrelaçamento esquemático entre possibilidades fáticas e jurídicas no intuito de otimizar a satisfação dos princípios na maior medida possível.

Conquanto não se deva desconsiderar a importância desse método, devem ser identificadas as suas insuficiências diante da multiplicidade de sujeitos afetados nas ações coletivas, particularmente, havendo a incidência simultânea de vários direitos fundamentais e princípios constitucionais sobre determinada questão, das dificuldades na seleção de medidas para satisfazer a aplicação do princípio que prevalece no caso concreto de modo a afetar todos os demais da maneira menos gravosa possível. Justamente aí se destaca o papel da hermenêutica constitucional que, ao resgatar a maiêutica grega, permite pôr à prova os esquemas lógico-relacionais das teorias da argumentação jurídica de base procedimentalista, atuando como filtro na busca pela decisão/resposta correta para cada caso concreto.

A conscientização da plurivocidade semântica dos direitos fundamentais, que enseja uma perene abertura para a compreensão plural do conteúdo dos princípios no ambiente democrático, exige do intérprete um esforço para superar as suas pré-compreensões

e não ceder às manipulações voltadas à concretização de leituras unilaterais dos significados desses direitos em determinado contexto histórico-cultural.

Dirigindo essa ordem de considerações à análise de casos concretos, vislumbra-se uma discussão profícua e madura sobre a efetividade dos instrumentos jurídico-processuais de tutela coletiva no Brasil. A partir de uma efetiva contextualização de conceitos jurídicos vagos, como o de interesse/relevância social na avaliação da legitimação de uma associação ou mesmo do Ministério Público na defesa de interesses coletivos, seus contornos podem ficar cada vez mais precisos, revelando uma carga significacional afinada com o conteúdo dos direitos fundamentais, deslocando esses conceitos do plano meramente retórico e formal de cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais para o plano material de fruição e vivência prática de direitos sob o prisma constitucional.

Para além de simplesmente conter a explosão de litigiosidade no plano das demandas individuais no Brasil, é preciso compreender o lugar das ações constitucionais de tutela de interesses coletivos a partir de critérios que permitam conjugar o acesso coletivo à justiça com o devido processo legal e a segurança jurídica, bem como com a singularidade de cada pessoa e cidadão, exigida pelo princípio da dignidade.

Com isso, tem-se a possibilidade de pensar nas ações coletivas, a exemplo da ação civil pública, como instrumentos de democratização social e não como mero expediente para diminuir o número de processos que tramitam no Judiciário em nome de uma ótica solipsista de celeridade na prestação jurisdicional — solução burocrática, que pretere os interesses dos jurisdicionados em face dos interesses particulares daqueles que estão envolvidos na máquina do Judiciário, do Ministério Público ou mesmo de associações e sindicatos ávidos por deter maior controle sobre os destinos dos seus representados, produzindo estatísticas que não refletem a efetividade na tutela jurisdicional de direitos fundamentais.

Desse modo, as particularidades das situações concretas levadas à apreciação judicial não podem ser ignoradas num arranjo constitucional de tutela coletiva, sob pena de aniquilar-se a efetividade das ações coletivas, transfigurando-as em instrumento de massificação social, com a imposição coercitiva de padrões de comportamento que guardam pouca ou nenhuma ressonância com os valores, a tradição e a cultura da sociedade.

É preciso, pois, avaliar até que ponto a legitimação equivocada para o manejo de ações coletivas pode tornar-se decisiva na tomada de decisões estranhas ao conteúdo dos direitos fundamentais. Reversamente, os possíveis efeitos de determinada decisão passam a ser considerados no problema da legitimação do manejo da ação civil pública, cabendo investigar por quais modos isso ocorre (ou pode ocorrer) e como avaliar esse fenômeno.

Vale repisar: a interpretação normativa das possibilidades de reconhecimento dos interesses postos sob a apreciação judicial envolve o delineamento de uma metodologia jurisdicional dotada de critérios para a correção das decisões em matéria coletiva, que extrapolam a simples tutela do direito subjetivo imediatamente pleiteado. O estudo analítico de casos concretos, haja vista o complexo inter-relacionamento que as variáveis da tutela coletiva de direitos enseja, pode resultar numa sólida avaliação da eficiência e efetividade da tutela jurisdicional de interesses coletivos no Brasil, levando em consideração não apenas critérios quantitativos, tal como hoje em dia vem sendo feito pelos órgãos de administração judiciária, mas sobretudo uma crítica qualitativa acerca de como as ações constitucionais coletivas vem sendo manejadas enquanto instrumentos de eficácia constitucional. Avaliar a eficiência de um instrumento de efetividade de direitos é fazer uma crítica de duplo grau, somente possível quando se rompe as barreiras distanciadoras do direito material e do direito processual, passando-se a pensar o Direito como um todo, enquanto instrumento de desdobramento e de efetividade dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana.

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BAUMAN, Zigmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *As ideologias em crise*. Tradução João Ferreira. Revisão Técnica Gilson César Cardoso. 4ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; PEDRA, Caio Benevides. *Plurivocidade Semântica dos Direitos Humanos e Crítica Democrática: entre discursos e ideologias*. Anais do VI Encontro da Associação Nacional de Direitos Humanos - Pesquisa e Pós-Graduação, Brasília, 2010. Disponível em: <http://www.sistemasmart.com.br/andhep2010/arquivos/29_8_2010_22_46_53.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2012.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de. *A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social: para além do ambientalismo e do desenvolvimentismo*, 2011, p. 05. Disponível na internet no seguinte endereço eletrônico:

<<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18499/9916>>. Acesso em 19 jan. 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 10ª ed. São Paulo: LTr, 2011.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Tradução Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.

GOMES, Alexandre Travessoni. Fundamentação do direito e argumentação jurídica: a proposta de Alexy. In: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho; MELLO, Cleyson de Moraes (Orgs.). *O fundamento do Direito: estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2008.

GOZZI, Gustavo. Estado Contemporâneo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Editora UNB, 1998, p. 409-13.

HORTA, José Luiz Borges. *História do Estado de Direito*. São Paulo: Alameda, 2011.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. *Direito Ambiental na sociedade de risco*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LUHMANN, Niklas. *Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política*. 1º ed. Ciudad de México: Universidad Iberoamericana, 2010.

MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento racial*. 1ª ed. São Paulo: Contexto: 2009.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei nº 7.347/1985 e legislação complementar)*. 6ª ed. Ver. E atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 21ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAIS, José Luís Bolzan de. *Do direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

PENNA, Carlos Gabaglia. *O estado do planeta: sociedade de consumo e degradação ambiental*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

PEREIRA, Rodolfo Vianna. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. Estado democrático de direito. In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). *Dicionário de teoria e filosofia do direito*. São Paulo: LTr, 2011.

REALE, Miguel. *O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.

_____. *Filosofia do Direito*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REPOLÊS, Maria Fernanda Salcedo. Ronald Dworkin e o fundamento do Direito. *In*: COELHO, Nuno Manuel Morgadinho; MELLO, Cleyson de Moraes (Orgs.). *O fundamento do Direito: estudos em homenagem ao professor Sebastião Trogo*. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. O Estado Ético e o Estado Poiético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, v. 27, nº 02, abr./jun., 1998.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Os direitos invisíveis. *In*: PAOLI, Maria Célia; OLIVEIRA, Francisco de (Org.). *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. Petrópolis: Vozes, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

UNITED NATIONS. World Commission on Environment and Development. *Our common future*, 1987, p. 41, tradução nossa. Disponível via *internet* no endereço eletrônico: <<http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf>>. Acesso em 31 dez. 2012.