

1. MATÉRIA DE CAPA

1.1 Direito Processual Coletivo como via emancipacionista

Jacson Campomizzi

*Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais
Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento,
pela Universidade Pablo de Olavide – Sevilla – Espanha.*

**Jacson Campomizzi**

“Trata-se aqui de agudizar o intolerável no feito dos poderes e nos hábitos que os ensurdecem, de fazê-los aparecer naquilo que eles têm de pequeno, de frágil e, por conseguinte, de acessível [...] modificar o equilíbrio dos medos, não por uma intensificação que terrifica, mas por uma medida de realidade que, no sentido estrito do termo, ‘encoraja’.”

FOUCAULT**1. INTRODUÇÃO**

Um personagem de Arcand (1985), na introdução de sua película “O Declínio do Império Americano”, afirma que:

Há três coisas importantes na história. Primeiro: o número. Segundo: o número. Terceiro: o número. Isso significa, por exemplo, que os negros sul-africanos certamente um dia acabarão vencendo, enquanto os negros norte-americanos provavelmente nunca se libertarão. Isso significa também que a História não é uma ciência moral. Os direitos, a compaixão, a justiça são noções estranhas à História.

A frase pode não ser exata e provocar polêmicas, mas nos dá pontos importantes para a introdução neste capítulo. Nela observamos que os ideais democráticos estão presentes aonde apontamos nossos olhos; mas que, para se lograr uma vivência democrática emancipacionista, a interpretação dos fatos deve estar isenta de valores preconcebidos que limitam as amplas potencialidades humanas que emergem no grupo social. Pois veremos que até a questão numérica, como valor democrático absoluto, pode levar a um fundamentalismo aprisionador.

A história permite evidenciar os fatos a partir da apropriação de experiências externas, gerais e universais com assepsia moral ou ideológica. Ela não esconderá Hitler nem sublimará Cristo.

Mostra apenas, para possibilitar transformar o presente e haurir um futuro livre das violências experimentadas pela humanidade. Pois é a interpretação, senão facciosa, pelo menos tendenciosa, ao sabor da ideologia do analista, que leva à manipulação social, à opressão e às diversas formas de violência comuns a grande parte das nações do presente e do passado.

A democracia, por suposto, tem na soberania popular¹ o seu principal atributo; ela só se satisfaz quando se verifica que seu exercício está assentado nos objetivos expressos pela vontade da maioria e contrária a qualquer outra força que não espelhe essa vontade. A soberania não se exerce a contento quando sobre ela paira representações preconcebidas que a impedem de descortinar livremente seus caminhos através do exercício democrático.

Marx (2002, p. 121) é contundente ao dizer dos efeitos dessas representações sobre os homens e mulheres:

Los hombres se han forjado hasta la fecha representaciones falsas sobre si mismos, sobre lo que son o lo que deberían ser. Han racionalizado su situación de acuerdo com sus representaciones acerca de Dios, del hombre normal, etc. Las quimeras de su mente se han alzado sobre su mente misma. Los creadores han tenido que doblegarse ante sus criaturas. Liberémoslos de los fantasmas de su cerebro, de las ideas, de los dogmas, de los seres imaginarios bajo cuyo yugo se consumen. Rebelémonos contra semejante tiranía de los frutos del pensamiento. Enseñémosles a poner, en lugar de estas quimeras, pensamientos dignos de la esencia del hombre, dice el uno; enseñémosles a asumir una posición

¹ Tipologicamente é possível indicar dois poderes constituintes: a ditadura soberana e a Soberania popular. Com a ditadura soberana, pretende-se retirar a constituição vigente e impor uma outra, considerada mais justa e verdadeira, por parte de uma única pessoa, de um grupo de pessoas de uma classe social, que se apresentam como intérpretes de uma suposta racionalidade e atuam como comissárias do povo, sem ter recebido dele nenhum mandato específico. A disponibilidade de um exército ou a força de um partido e sua capacidade para conseguir obediência representam os pressupostos para o exercício desta ditadura soberana que encontra sua legitimação, não no consenso, mas na ideologia ou numa suposta racionalidade. Numa perspectiva exatamente oposta, encontramos a real Soberania do povo, que se manifesta no seu poder constituinte, pelo qual, através da Constituição, define os órgãos e os poderes constituídos e instaura o ordenamento, onde estão previstas as regras que permitem sua transformação e sua aplicação. O poder constituinte do povo conhece já procedimentos satisfatoriamente consolidados (assembléias *ad hoc*, formas de ratificação através de *referendum*), capazes de garantir que a nova ordem corresponda à vontade popular. É justamente por este motivo que o poder constituinte do povo, que instaura uma nova forma de Estado, pode ser encarado como a última e mais amadurecida expressão do contratualismo democrático: um contrato entre os cidadãos e as forças políticas e sociais, que define as formas pelas quais os representantes ou comissionados do povo devem exercer o poder, bem como os limites dentro dos quais eles devem se movimentar. Se a ditadura soberana constitui um mero fato, produtor do ordenamento, o poder constituinte do povo é uma síntese de poder e direito, de ser e dever ser, de ação e consenso, uma vez que fundamenta a criação da nova sociedade no *iuris consensu*. (BOBBIO, 1997, p. 1185).

crítica frente a ellos, dice el outro; enseñemosles a arrojarlos de sus mentes, dice un tercero, y la realidad establecida se vendrá abajo.²

À parte a atitude profética do dito de Marx, pois sem interesse para este trabalho, convence o fato de que, com raras exceções, a sociedade vive sujeitada à liberdade total de mercado falsamente apresentada como um valor absoluto. Por ser posta como a única forma possível para regular suas relações econômicas, acaba por se impor como valor dominante às demais áreas que regulam as relações humanas – e o direito, certamente. Assim, torna-se uma liberdade que se impõe sobre as outras e à própria democracia, sobre a qual paira esta condição. De forma que a soberania popular é falseada, se torna insubsistente pela perda da vitalidade disposta na consistência de um movimento que se permite eleger livremente caminhos que possam atingir a realização dos direitos fundamentais.

Esse valor absoluto dá à economia um peso preponderante nas forças que atuam no palco político e por isso desequilibra ou mesmo desmonta os ideais democráticos. Numa equação de três componentes, a ordem deveria ser a seguinte: sociedade, política e economia, na qual a sociedade, através da política, dispõe sobre a economia como forma de satisfazer as necessidades de todos. Mas a realidade mostra que quem detém os bens (economia), através da manipulação da escassez, influi na política (democracia) e dita os valores que a sociedade deve seguir. A equação se mostra outra, pela inversão da ordem: economia, política, sociedade, na qual a economia acaba por satisfazer a ambição de poucos.

O reflexo dessa equação no direito é a preponderância da tradição liberal que vem sendo seguida contemporaneamente. E o problema do absolutismo dos conceitos se repete. Conforme o dito do personagem de Arcand (1985), para o qual a questão numérica é absoluta a ponto de dizer que os negros americanos nunca se libertarão, nunca assistiremos à ascensão de um negro à frente do poder nos Estados Unidos da América. Por isso, não se pode aceitar o tratamento prioritário do direito na sua tradição liberal, sob pena de não se permitir a consecução de seus ideais sociais inequivocamente presentes. A questão numérica, de maioria ou de preponderância é, portanto, sempre relativa e dependente do contexto no qual é posta. Os índios brasileiros, por exemplo, numericamente formam uma minoria. Mas quando unidos contra o latifúndio representam a maioria. Nesse caso, a propriedade deixa de ter um conteúdo de direito liberal para assumir sua função social que se afirma mediante a procedimentalidade democrática.

Esse pensamento é posto para estabelecer as ações coletivas no plano realístico que admite aquilo que é possível, mas,

também, como de forma a enfrentar as práticas hegemônicas que o absolutismo conceitual viabiliza e que dele se aproveita o mercado para impor uma hegemonia que sacrifica qualquer outro valor que não fale sua linguagem. Esse enfrentamento se justifica à medida que, na linguagem do mercado, os direitos sociais são tratados como distorções. Como bem define Hinkelammert (2008):

Distorsiones del mercado desde este punto de vista son todas las intervenciones en el mercado con el destino de asegurar universalmente o regionalmente las necesidades humanas. Por eso son distorsiones: las leyes laborales, protecciones legales del trabajo (horas del trabajo, trabajo de niños, protección de la mujer), cualquier política de asegurar universalmente sistemas de salud, de educación, de vivienda, de seguro de vejez, que tienen que ser públicas para lograr universalidad. Pero distorsión es también: política de pleno empleo, política de desarrollo en sentido integral, inclusive las políticas de protección del medio ambiente o de autonomías culturales. Pero también es distorsión cualquier control de los movimientos de capitales o de mercancías. En cambio, no es distorsión el control estricto e inclusive violenta de los movimientos de personas humanas.³

Portanto, as ações coletivas inserem-se no pluralismo democrático que admite a convivência ideológica e se afasta tanto da utopia da sociedade perfeita como da utopia do mercado total, que prega o fim da história pela vigência definitiva do capitalismo globalizante, pois, ainda nos apegando às lições de Hinkelammert (2002, p. 281), “*La utopía de sociedad perfecta imposibilita la solución de los problemas concretos, porque no parte de ellos, de hecho los desprecia en favor de la gran utopía, que hoy es la utopía del mercado total.*”⁴

2. PROCESSO COLETIVO: FORMA DE CONTROLE DO MERCADO E DE CONDICIONAMENTO DA ATIVIDADE ESTATAL

A conflituosidade social marca o processo coletivo, a partir da qual é acionado como forma de afirmação de direitos de uma ou outra coletividade. A causa do conflito social é a situação econômica dispar entre os sujeitos conflitantes que provoca uma posição de desigualdade no acesso a bens. Por isso, o objeto da ação coletiva são os bens sociais de valor econômico que uma determinada classe de pessoas busca preservar ou obter diante dos sujeitos que têm obrigação e potencial de disposição desses bens. A relação jurídica, portanto, está condicionada a uma relação de potencial econômico na qual o sujeito ativo se insere necessariamente como parte com menor potencial. É dizer que

² “Os homens se hão forjado até a data representações falsas sobre si mesmos, sobre o que são ou o que deveriam ser. Hão racionalizado sua situação de acordo com suas representações acerca de Deus, do homem normal, etc. As quimeras de sua mente se hão alçado sobre sua mente mesma. Os criadores estão tendo que se dobrar sobre suas criaturas. Liberemo-los dos fantasmas de seu cérebro, das idéias, dos dogmas, dos seres imaginários debaixo de cujo jugo se consomem. Rebelemos contra semelhante tirania dos frutos do pensamento. Ensina-mos-lhes a pôr, em lugar destas quimeras, pensamentos dignos da essência dos homens, disse um; ensina-mos-lhes a assumir uma posição crítica frente a eles, disse o outro; ensina-mos-lhes a retirá-los de suas mentes, disse um terceiro, e a realidade estabelecida se virá abaixo.” (MARX, 2002, p. 121, tradução nossa).

³ “Distorções do mercado desde este ponto de vista são todas as intervenções no mercado com o destino de assegurar universalmente ou regionalmente as necessidades humanas. Por isso são distorções: as leis laborais, proteções legais do trabalho (horas de trabalho, trabalho de menores, proteção da mulher), qualquer política de assegurar universalmente sistemas de saúde, de educação, de moradia, de seguro de velhice, que têm que ser públicas para lograr universalidade. Mas distorção também é: política de pleno emprego, política de desenvolvimento em sentido integral, inclusive as políticas de proteção do meio ambiente e de autonomias culturais. Mas também é distorção qualquer controle dos movimentos de capitais ou de mercadorias. Ao contrário, não é distorção o controle estrito e inclusive violento do movimento de pessoas humanas.” (HINKELAMMERT, 2008, tradução nossa).

⁴ “A utopia da sociedade perfeita impossibilita a solução dos problemas concretos, porque não parte deles, de fato os deprecia em favor da grande utopia, que hoje é a utopia do mercado total. (HINKELAMMERT, 2000, p. 281, tradução nossa).

a classe que busca a ação coletiva está sempre numa posição de desigualdade econômica que a inferioriza diante da outra. Isso não acontece quando percebemos o processo na versão individualista ou patrimonialista, na qual o sujeito economicamente mais forte tem no processo uma forma de realizar seus direitos diante de sujeito economicamente mais fraco.

Nessa linha, o processo coletivo é instrumento de aproximação igualitária dos indivíduos, ou, pelo menos, de afastamento de grandes disparidades econômicas que inferiorizam determinados grupos diante de outros. E, portanto, veremos que exerce uma atividade localizada de controle de mercados e de condicionamento da atividade estatal, pois, na base dessas grandes instituições, é que se formam os principais conflitos sociais. *“Partamos de los problemas concretos de las sociedades concretas, pero sin pretender arribar a sociedades perfectas en las que pretendidamente reinará la libertad total, la humanización total, el mercado total o la planificación total.”* (HINKELAMMERT, 2000, p. 286).⁵

Retomamos o pensamento de Hinkelammert (2000) para nos aproximar da factibilidade que marca o processo, e o fazemos sob dois aspectos. A primeira é a de que, para serem emancipacionistas, os instrumentos coletivos (aqui *lato sensu*, para abranger também as ações do Estado e das instituições de execução de política pública e de controle social⁶) devem atuar no controle do mercado total dentro de uma sociedade de mercados. E a segunda refere-se à inafastabilidade da realidade material de cada comunidade em qualquer cantão da terra que se utilize destes instrumentos, resolvendo conflitos localizados e pulverizados, mas que, nas realidades específicas, atuam de forma a controlar a expansão indefinida da lógica do mercado e a condicionar as ações do Estado para fora desta mesma lógica, formando um conjunto universal, ainda que não articulado, de luta por dignidade.

Os direitos sociais, enquanto distorções de mercado, viabilizados pelo processo coletivo, se contrapõem ao liberalismo do mercado total, marcadamente individualista e que protege os interesses da classe dos grandes proprietários, enquanto os instrumentos coletivos, utilizados nas relações concretas e localizados no contexto cultural dos grupos sociais, mas pensado como objeto universal de luta, intenta fazer prevalecer, contrariando o mercado mundial, a preservação ambiental, as condições satisfatórias de emprego e a adoção de políticas públicas emancipacionistas, por exemplo, como forma de defesa do ser humano excluído pela lógica capitalista.

O problema, portanto, está conectado à questão das distorções de mercado, cujos teóricos do capitalismo total pretendem eliminar, sem se aperceberem que sua completa eliminação importaria na supressão do próprio conteúdo concreto do mercado como proposta de solução dos problemas da humanidade. O

paradoxo serve para reforçar o papel das ações coletivas diante da evidência históricas de que o mercado não só não soluciona como intensifica os problemas que cria.

Por isso Hinkelammert (2000, p. 287) sustenta que:

La defensa del ser humano en su necesidad de reproducir la vida, puede en efecto producir efectos no intencionales que la teoría económica neoclásica llama distorsiones, pero puede ser legítimo que estas se produzcan, siendo necesario diferenciar cuáles distorsiones son necesarias para que el ser humano pueda vivir y cuales no. La actividad humana puede producir distorsiones sobre el mercado, la acción pública puede tener el mismo efecto, al igual que el mercado puede provocar distorsiones sobre el Estado y sobre las personas. Y es lógico que así suceda, pues no vivimos en una sociedad de ángeles. Pero surge un problema con el concepto de eliminación de las distorsiones, cuando el mismo es totalizado, pues esta eliminación a partir de la noción de mercados perfectos puede conducir a la destrucción del ser humano y de la naturaleza, y es un concepto que hace imposible cualquier defensa de los derechos humanos. El problema no es flexibilizar la fuerza de trabajo en función del mercado, sino flexibilizar el mercado en función de la vida humana y de la naturaleza externa.⁷

Nosso interesse neste tópico é pensar as ações coletivas dentro do contexto do determinismo econômico que busca totalizar o mercado puro como forma de reger as relações sociais e que, por isso mesmo, sobressai como a principal causa da conflituosidade social. Na acepção que temos dado ao processo coletivo tais ações, visualizadas sob sua extensa possibilidade de uso, somente são possíveis do ponto de vista emancipacionista, quando empreendidas contra esse determinismo dogmático levado a um radicalismo tal que constitui ele próprio, direta ou indiretamente, a causa que impede a emancipação das pessoas submetidas a situações que os inferiorizam perante os demais membros da comunidade humana. É que essa postura determinista envolve a própria ação do Estado, que se vê, por exemplo, direcionado a complementar o mercado com financiamentos e incentivos de toda sorte e inclusive para corrigir as chamadas falhas do mercado (externalidades, concorrência desleal ou imperfeita, falhas de informação, privação de bens públicos etc.).

As privatizações e a conquista de mercados mundiais fizeram aparecer grandes burocracias privadas nacionais e multinacionais que regem grande parte do sistema de comunicações, transportes, saúde, educação, habitação, alimentos, etc., fazendo lembrar as grandes companhias que impulsionaram o mercantilismo colonial, cuja linguagem de direitos humanos se restringe ao direito de propriedade e à livre realização de contratos. Diante da crescente burocracia privada, os poderes públicos se tornam minguados e fragilizado seu papel de agente promotor dos direitos fundamentais sociais.

⁵ “Partamos dos problemas concretos das sociedades concretas, mas sem pretender alcançar a sociedades perfeitas nas que pretensiosamente reinará a liberdade total, a humanização total, o mercado total ou a planificação total.” (HINKELAMMERT, 2000, p. 286, tradução nossa).

⁶ Por controle social entende-se a participação da sociedade no acompanhamento e verificação das ações da gestão pública na execução das políticas públicas, avaliando os objetivos, processos e resultados.

⁷ “A defesa do ser humano em sua necessidade de reproduzir a vida, pode com efeito produzir efeitos não intencionáveis que a teoria econômica neoclássica chama distorções, mas pode ser legítimo que estas se produzam, sendo necessário diferenciar quais distorções são necessárias para que o ser humano possa viver e quais não. A atividade humana pode produzir distorções sobre o mercado, a ação pública pode ter o mesmo efeito, igual que o mercado pode provocar distorções sobre o Estado e sobre as pessoas. E é lógico que assim suceda, pois não vivemos em uma sociedade de anjos. Mas surge um problema com o conceito de eliminação das distorções, quando o mesmo é totalizado, pois esta eliminação a partir da noção de mercados perfeitos pode conduzir à destruição do ser humano e da natureza, e é um conceito que torna impossível qualquer defesa dos direitos humanos. O problema não é flexibilizar a força de trabalho em função do mercado, mas flexibilizar o mercado em função da vida humana e da natureza externa.” (HINKELAMMERT, 2000, p. 287, tradução nossa).

Ainda segundo Hinkelammert (2000, p. 298):

El verdadero problema de la burocracia hoy es el de cómo enfrentar una burocracia privada que há acarapado gran parte del poder de la sociedad, y que intenta convertir a la burocracia pública en su apéndice. Por ello, el éxito de cualquier política de derechos humanos requiere de un control social de esta burocracia privada que reduce los derechos humanos a derechos de propiedad.⁸

Nesse ponto exsurtem as ações coletivas contrapondo os interesses do mercado puro com os direitos sociais que carregam. Estão propostas numa infinidade de situações e lugares e têm atingido objetivos específicos e localizados, logrando em muitos casos reter a lógica da exploração desenfreada. A preservação ambiental representa custo social, assim como o controle das tarifas de telefonia, sem falar nas ações possessórias coletivas, o controle dos monopólios e a construção de abrigos para idosos, crianças e adolescentes em desamparo. O impacto econômico causado pelo acolhimento das ações coletivas inverte o fluxo do capital, atendendo aos apelos sociais da demanda, socializando os riscos e perdas sociais, variáveis conforme a situação dos grupos, classes ou massas titulares do direito coletivo envolvidos.

O Estado, pelo menos no que se refere à realidade bra-

sileira, tem sido um grande vertedouro das ações coletivas e vários fatores podem ser apontados para justificar essa crescente conflituosidade que, em última instância, está a demonstrar o distanciamento da máquina estatal dos interesses da sociedade que ela representa. Entre esses fatores, sem dúvida toma relevo o cunho neoliberal que domina o Estado contemporâneo e o afasta das políticas sociais para seguir as “cartas de intenções” ou “acordos de metas” dos grandes organismos financeiros internacionais como condição diretiva do mercado total para que os países periféricos possam ter acesso a recursos financeiros. Outros fatores estariam ligados ao aprimoramento do direito processual coletivo; ao aparelhamento institucional do Ministério Público; à necessidade de intervenção estatal em novas áreas de regulação; à intensificação da ganância que gera a animação da corrupção.

O quadro abaixo traz as ações coletivas distribuídas na Procuradoria de Justiça de Defesa dos Direitos Difusos e Coletivos do Ministério Público do Estado de Minas Gerais no ano de 2007, julgadas pelo Tribunal de Justiça, e está a demonstrar que, das ações propostas contra o Poder Público, a maioria encontra supedâneo nas questões relacionadas com a defesa do patrimônio público e combate aos atos de improbidade administrativa.

II – PROCESSOS JULGADOS				
Matéria	Resultado	Subtotal	Percentagem do Resultado	Total
Patrimônio Público	Favorável	429	67,77%	633 = 32,88%
	Desfavorável	204	32,23%	
Improbidade	Favorável	238	56,40%	422 = 21,92%
	Desfavorável	184	43,60%	
Meio Ambiente	Favorável	125	58,14%	215 = 11,16%
	Desfavorável	90	41,86%	
Saúde	Favorável	137	74,46%	184 = 9,56%
	Desfavorável	47	47,54%	
Processual	Favorável	110	62,86%	175 = 9,09%
	Desfavorável	65	37,14%	
Consumidor	Favorável	107	61,49%	174 = 9,04%
	Desfavorável	67	38,51%	
ECA	Favorável	23	57,50%	40 = 2,08%
	Desfavorável	17	42,50%	
Patrimônio Histórico e Cultural	Favorável	12	44,44%	27 = 1,40%
	Desfavorável	15	55,56%	
Habitação e Urbanismo	Favorável	16	64,00%	25 = 1,30%
	Desfavorável	9	36,00%	
Portadores de Deficiência e Idosos	Favorável	8	57,14%	14 = 0,73%
	Desfavorável	6	42,86%	
Fundações	Favorável	7	70,00%	10 = 0,52%
	Desfavorável	3	30,00%	

⁸ “O verdadeiro problema da burocracia hoje é o de como enfrentar uma burocracia privada que há acumulado grande parte do poder da sociedade, e que tenta converter a burocracia pública em seu apéndice. Por isto, o êxito de qualquer política de direitos humanos requer um controle social desta burocracia privada que reduz os direitos humanos a direitos de propriedade.” (HINKELAMMERT, 2000, p. 298, tradução nossa).

Ação Civil Pública –Comp. Originária	Favorável	5	83,33%	6= 0,32%
	Desfavorável	1	16,67%	
Média geral dos resultados	Favorável	1217	63,22%	
	Desfavorável	708	36,78%	
Total dos processos julgados no período				1925 = 100,00%

Fonte: Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos. (MINAS GERAIS, 2008).

O ponto de maior incidência, a defesa do patrimônio público, está relacionado ao que se tem denominado de políticas públicas, que são ações propostas com vistas a condicionar a administração pública à adoção das políticas sociais constitucionalizadas. E aqui a matéria se torna polêmica, tendo-se em vista que o direito coletivo traz uma dimensão política que o leva à judicialização da política ou, como preferem outros, à politização da justiça. Isso implica a ampliação do debate que temos assistido acerca da clássica teoria da tripartição dos poderes e do papel do direito nesse contexto. Trata-se de debate vertido pela teoria de Estado e com relação a ele nos firmaremos dentro da proposta deste trabalho que tenta erigir o processo coletivo como forma de emancipação dos grupos sociais postergados. Nesse cenário estamos firmando os movimentos sociais como protagonistas dos direitos coletivos, tornando tanto as instituições como os instrumentos manejáveis, coadjuvantes do processo de luta emancipacionista.

Bobbio (2000, p. 238) dedica uma parte de sua obra Teoria Geral da Política a discorrer sobre as relações entre poder e direito, justificando sua inserção nesse campo após observar que a filosofia do direito e a ciência política se dedicam a expressar seus conceitos de poder, todavia ignorando-se quase completamente a noção de um e de outro campo⁹. Diz que seguem dois caminhos investigativos opostos: o primeiro, a partir daquilo que torna efetivo o direito (e é o poder); e o segundo, a partir daquilo que torna legítimo o poder (e é o direito).

Para elucidar a questão, Bobbio (2000) coloca de um lado a doutrina do Estado de direito e de outro a doutrina do positivismo jurídico, estabelecendo, metaforicamente, duas pirâmides¹⁰ de escalas hierárquicas dispostas lado a lado. Na primeira pirâmide, estão os poderes dispostos em ordem hierárquica, a partir do poder soberano, situado no topo e, por isso, o fundamento da autoridade de todos os outros poderes, sob o qual vão descendendo poderes até aqueles do nível inferior. A segunda pirâmide tem no cume a norma fundamental, entendida como o fundamento de validade de todas as outras normas, a partir da qual descende a escala hierárquica das normas inferiores. Assim, projetando-se uma pirâmide na outra, o resultado é uma disposição tal que ao degrau superior de uma corresponde o degrau imediatamente inferior da outra. Ou seja, para o Estado de direito, o degrau superior é o poder; para a teoria normativa, o degrau superior é a norma fundamental.

Quanto à formação dos poderes, Bobbio (2000) explica que na teoria de Estado os poderes são constituídos de cima para baixo em escalas que parte do maior ao menor poder como

forma de obter legitimidade; enquanto para a teoria normativa a norma fundamental superior é formada a partir da base constituída pelas normas inferiores (de baixo para cima), como forma de obter efetividade. Desse modo, se a relação de subordinação é descendente em ambas as pirâmides, a partir do poder soberano, para a primeira, e da norma fundamental, na outra, quanto à sua formação ou constituição os vetores são inversos, pois parte do cume, na primeira, e da base, na segunda.

O enfrentamento da questão tem o seguinte desate:

Se por fim atentarmos para o fato de que Kelsen, todas as vezes em que descreve a ordem jurídica em graus, parte sempre da norma inferior (por exemplo, os contratos entre privados) para então chegar à norma fundamental, em um processo que ele chama de processo às avessas, e que, por outro lado, a teoria tradicional do Estado parte sempre do plano superior, isto é, do poder soberano (enquanto é o poder soberano um dos elementos constitutivos do Estado) para descer pouco a pouco aos poderes inferiores, poderíamos afirmar que a mesma ordem hierárquica, constituída por normas que instituem poderes e por poderes que criam normas, apresenta-se de dois modos distintos, dependendo se olhamos de baixo para cima, ou de cima para baixo: no primeiro sentido, parece uma subida de normas, no segundo, uma descida de poderes. Para a teoria normativa, abaixo há um poder que já não segue norma alguma (trata-se dos “atos executivos simples” de Kelsen); para a teoria tradicional do Estado, acima há um poder que precede todas as normas (enquanto na teoria normativa é precedido pela norma fundamental). Se as duas escadas terminarem na norma fundamental ou no poder soberano, depende manifestamente, uma vez mais, do diferente ponto de partida. Mas a escolha de um ou de outro ponto de partida é apenas questão de oportunidade. (BOBBIO, 2000, p. 252).

Reputamos da maior relevância a referência à dogmática do poder para tratarmos das ações coletivas contra o poder público para nos apercebermos das origens e fundamentos das barreiras interpostas a essas ações.

Verificamos que a soberania estatal é exercida pelo poder de governo que institui poderes hierarquicamente inferiores. Bobbio (2000) não faz menção expressa a esses poderes inferiores, mas podemos evidenciar, em poucas categorias, a seguinte escala, na qual temos de baixo para cima o povo, as instituições e o governo. E o poder normativo está estruturado a partir dos “atos executivos simples”, passando pelas normas inferiores, como os “contratos privados” até chegar à norma fundamental.

Fazendo aportes de natureza social a essa visão estruturalista de poder que nos permite a teoria crítica, verificaremos

⁹ “Na imensa literatura politológica sobre o conceito de poder, raramente me aconteceu encontrar referências à teoria do direito. Igualmente, na teoria geral do direito, raramente, e eu poderia até mesmo dizer nunca, me aconteceu encontrar alguma referência às mil sutis e sofisticadas variações que sociólogos e politólogos desenvolveram sobre o conceito de poder nos últimos anos.” (BOBBIO, 2000, p. 238)

¹⁰ Sobre a representação piramidal, “[...] mais apropriada porque leva em conta não apenas a dimensão em cima-embaixo, mas também o fato de que, à medida que se avança de baixo para cima, o número de normas e de detentores de poder diminui”. (BOBBIO, 2000, p. 251).

que a sociedade organizada está alijada dessas estruturas de poder. O Estado de direito apenas reconhece a *liberdade* de associação de categorias humanas e pouco ou nada reconhece seus *poderes*, pois a visão é sempre individualista, seja na ótica do poder soberano do Estado ou na prevalência normativa cuja base é a liberdade contratual entre particulares que restringe (ou mesmo não enxerga) o poder do sujeito coletivo de direito. Em ambos os casos os movimentos populares são vistos para além da legitimidade conferida ao Estado e da efetividade conferida ao direito e nesse rumo se assenta impossível uma transformação emancipacionista da ordem.

Por isso, Bobbio (2000, p. 240) afirma que:

No fim, ambos chegam à mesma conclusão, vale dizer, à conclusão de que existe um poder legítimo distinto do poder de fato, já que discutem o problema tradicional de toda a teoria privatística do Estado, que deve encontrar, de alguma maneira um critério de distinção entre a ordem coativa do Estado e a ordem igualmente coativa de um bando de malfeitores, ou da máfia, ou da sociedade secreta revolucionária.

Essa última assertiva do filósofo não pode prescindir da análise contextual em que a doutrina tradicional do Estado e do positivismo jurídico foram formuladas. Porque, conforme hoje as conhecemos, assentam suas raízes no contexto da sociedade industrial formada a partir da segunda metade do século XIX, cujas exigências econômicas, ‘ameaças’ do comunismo e dos movimentos que proliferavam sob variadas ideologias, exigiam a estruturação do direito e do Estado de forma a preservar os valores liberais contra esta sorte de ondas.

O contexto atual está a exigir outra postura do direito e do Estado. E a teoria crítica dos direitos humanos confronta esses valores liberais insertos no Estado e no direito com a realidade que encontra despossuídos de alimentos, de local para refugiar-se, de habitação, de saúde, de educação. Verte suas investigações ao encontro das causas, evidenciando-as e propondo estratégias de atuação assentadas em “[...] *prácticas sociales que posibilitan la apertura y la consolidación de espacios de lucha por la dignidade humana*.” (FLORES, 2000, p. 234).¹¹

Nessa direção, e com suporte nos princípios da democracia participativa, os movimentos sociais devem emergir como sujeitos legítimos de poder, para influir, condicionar e direcionar as políticas públicas. Porque as pirâmides mostradas pelo texto de Bobbio (2000) estão a sustentar um poder ainda maior – o poder econômico –, cuja pirâmide tem demonstrado relacionar-se com as outras numa relação de continente-conteúdo, que se exerce como forma de manter os poucos privilegiados que o dominam; e o Estado ao absolutismo de suas regras.

Daí que, seguindo a representação piramidal para evidenciar a estrutura tradicional de poder, devemos acrescentar a pirâmide do poder econômico, e estruturar a pirâmide de poder da sociedade civil, cuja interação possa levar a uma sociedade mais justa. A criação de novas formas de poder leva ao ajuste e transformação dos poderes já estruturados e a um novo equilíbrio da ordem social.

O direito coletivo está para modificar a estrutura do positivismo jurídico liberal quando subordina as relações privadas, como os contratos entre particulares, à função social que hoje os direciona, de forma que a escala de poder no direito se vê alterada. A mesma alteração ocorre na estrutura de poder pela ótica das teorias de Estado, à media que os movimentos sociais, enquanto concorrentes agentes promotores dos direitos coletivos galgam escalas na pirâmide hierárquica de poder. O resultado, na interação da representação piramidal, é um poder maior da sociedade civil, de forma a realizar os objetivos do Estado Democrático Constitucional de Direito.

Por isso, não se pode falar preconceituosamente de politização do Judiciário ou judicialização da política, porque a tendência dessa postura é manter a estrutura conservadora do poder como forma de preservação desse estado de privilégios e exclusão social.

Portanto, o direito coletivo pode fortalecer o protagonismo dos grupos sociais na firmação das políticas públicas e isso tem sido demonstrado pela crescente incidência das ações coletivas ajuizadas contra o Estado. Essas ações buscam, por exemplo, assegurar a aplicação do percentual orçamentário (quotas mínimas destinadas pela lei para satisfação de direitos coletivos) destinado à educação e à saúde públicas; a preservar planos diretores de política habitacional; a impor posturas públicas que alijam os loteamentos clandestinos; a impor a obrigação de instituir os conselhos de controle social (conselhos de saúde pública, conselhos tutelares e de direitos da infância e juventude, de proteção ao consumidor, etc.), e uma grande variedade de ações que visam a priorizar os investimentos sociais nas áreas de saúde, educação, segurança, meio ambiente, proteção de incapazes, idosos e menores.

As objeções tradicionalmente elencadas ao efetivo valor dos direitos coletivos não se sustentam diante das cartas internacionais de direitos humanos, das constituições, das leis processuais e materiais de muitos países, bem como da prática judiciária que vem distendendo suas velhas e retrógradas barreiras.

Essas objeções estão assentadas em argumentos tais como a ausência de garantias jurídicas que tornam os direitos coletivos meros “direitos de papel”¹², cuja imprecisão do conteúdo os rebaixam à categoria de pretensões ou meras expectativas; que esses direitos normalmente são postos contra o Estado, o que os tornam de difícil realização, porque importam em grandes investimentos de recursos econômicos que condicionam materialmente sua realização.

Concernente às garantias de efetividade dos direitos metaindividuais, pensamos que as fórmulas construídas pelo direito são adequadas à tutela. A imprecisão de conteúdo deve ser compreendida como uma fórmula que clama a interpretação e não a negação, pois compreende uma abertura direcionada exatamente a não limitar esses direitos. Nesse sentido, institutos como a não-taxatividade das ações coletivas, a legitimidade dos grupos e classes sociais através da representação, a coisa julgada coletiva e figuras como o mandado de injunção, para suprir falta de norma regulamentadora dos direitos constitucionalmente assegurados,

¹¹ “Práticas sociais que possibilitam a abertura e a consolidação de espaços de luta pela dignidade humana.” (FLORES, 2000, p. 234, tradução nossa).

¹² Na expressão de Ricardo Gustini (apud UGARTE, 2006, p. 152).

se apresentam como sólidas garantias jurídicas.

A esse respeito, diz Almeida (2003, p. 156):

José Carlos Barbosa Moreira, um dos juristas brasileiros mais autorizados a falar sobre o direito comparado, chegou a afirmar que, em relação à tutela dos direitos de massa, a Constituição brasileira de 1988 assumiu proporções inéditas, consagrando-se com um realce que não encontra paralelo nas Constituições anteriores e até mesmo no direito constitucional comparado.

E mais: já se observou em tópicos anteriores que o avanço da legislação brasileira já está exercendo influência sobre ordenamentos jurídicos de outros países, como a Argentina, o Uruguai. E ainda: a Corte Suprema de Portugal, em setembro de 1977, entendeu possível a tutela via *ação popular* de direitos individuais homogêneos, utilizando na sua interpretação a legislação e a doutrina brasileiras.

Quanto às objeções de caráter material, delimitadas às obrigações de fazer que exijam gastos orçamentários não previstos pelo poder público, igualmente não faltam regras materiais especialmente erigidas para condicionar a discricionariedade do administrador público aos investimentos, possibilitando um controle social e jurisdicional do orçamento público.

Nesse contexto, têm relevo as normas constitucionais que estabeleceram prioridades e metas sociais que devem necessariamente estar previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias, a partir das quais os investimentos nas áreas de saúde e educação recebem tratamento prioritário, com especial atenção à área de proteção à criança e ao adolescente, eleita pela Constituição Federal como de absoluta prioridade.¹³ A partir daí a discricionariedade torna-se limitada, cedendo lugar à realização do direito coletivo, dentro da realidade financeira do contexto no qual foi planteado.

O fato é que o tratamento da questão financeira não está adstrito aos direitos coletivos e, sim, na multiplicidade das relações jurídicas, bastando lembrarmos dos custos dos direitos políticos para o Estado e daqueles necessários à preservação do direito de liberdade, como os custos públicos de proteção da propriedade.

Por outro lado, o fato de a obrigação imposta à Administração implicar a realização de uma despesa não pode evidentemente constituir um critério: é uma consequência da maior parte das decisões judiciais. A ação civil pública intentada no campo das relações de consumo, para impedir a majoração ilegal das

tarifas, pode sem dúvida ter consequências mais relevantes sob esse aspecto do que a obrigação imposta a município de construir uma escola primária. (FONTES, 2005, p. 483).

O problema financeiro que se interpõe à realização de direitos, respeitadas as especificidades, têm uma pauta comum representada pelo limite contextual que, no direito privado, sujeita à percepção dos direitos do credor à possibilidade financeira do devedor. Como no direito coletivo, sói acontecer da necessidade ultrapassar a possibilidade, todavia, dentro da realidade do devedor, a obrigação deve ser cumprida. “*Por lo tanto, el argumento de que sólo la satisfacción de los derechos sociales es económicamente costosa resulta falaz: puede decirse que es más onerosa, pero no puede afirmarse que es la única protección de derechos fundamentales materialmente costosa.*” (UGARTE, 2006, p. 156).¹⁴

3. CONCLUSÃO

O objetivo dessa discussão é dizer que não só não prosperam as objeções interpostas ao reconhecimento dos direitos coletivos, subordinados que estão às prioridades e às cotas inseridas pela sociedade na Constituição Federal, mas ir além, para dizer da necessidade de superação dos limites dogmáticos: vê-los a partir da perspectiva dos movimentos sociais e na extensão da soberania popular que lhes cabe e legitima os próprios poderes públicos. Nesse horizonte, abrem-se as possibilidades das práticas sociais emancipacionistas. Afastadas as barreiras conservadoras de cunho ideológico liberal que ainda predominam na doutrina e na jurisprudência, os poderes públicos necessariamente tornam-se mais comprometidos com os movimentos sociais. Estes têm fortalecido seu papel na sociedade, quando se apoderam de espaços de luta, nos quais, em cada âmbito, o capitalismo selvagem encontra resistência diante das proposições de direito coletivo. Assim, o mercado total encontra a opção do mercado solidário, cuja lógica foge do absolutismo do lucro, para encontrar outras formas de suprimento das necessidades, como a troca do petróleo venezuelano por médicos cubanos, recentemente assistida. O Judiciário, outrora cerrado aos apelos coletivos, ganha importância necessária para resgatar seu papel na construção da democracia.

¹³ Arts. 195, § 2º, 198, II, 212, § 3º, e 227, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.

¹⁴ “Portanto, o argumento de que só a satisfação dos direitos sociais é economicamente custosa resulta falaz: pode dizer-se que é mais onerosa, mas não pode afirmar-se que é a única proteção de direitos fundamentais materialmente custosa.” (UGARTE, 2006, p. 156, tradução nossa).

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ADITAL: Notícias da América Latina e Caribe. Brasil, 14 mar. 2007. Entrevista com François Houtart. Disponível em: <http://www.adital.com.br/site/noticia.asp?lang=PT&cod=28058>. Acesso em: 18 abr. 2008.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARTIÈRES, Philippe. In: GROS, Frédéric. (Org.). *Foucault: a coragem da verdade*. São Paulo: Parábola Editorial, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte americana*. De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 8, p. 37-38, jan./jun. 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. In: BOVERO, Michelangelo. (Org.). *Teoria geral da Política: A Filosofia Política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.

_____; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1997.

BOLTANSKI, Luc; CHIAPELLO, Éve. *El nuevo espíritu del capitalismo*. Madrid: Ediciones Akal, 2002.

- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 58.682-8. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Diário de Justiça da União, p. 50864, Brasília, 16 de dezembro de 1996.
- BRASIL. Código de Defesa do Consumidor (CDC). Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102415>> Acesso em: 4 maio 2008a.
- BRASIL. Lei nº 7.437, de 24 de julho de 1985. Disponível em <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=129654>> Acesso em: 4 maio 2008b.
- CAMPOS, Shirley de. Silicose. Disponível em: <http://www.drashirleydecampos.com.br/noticias/3957> . Acesso em: 27 maio 2008.
- COELHO, Luiz Fernando. *Teoria crítica do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BRAZIER, Chris. *História del Mundo – Dossiers para entender el mundo*. Barcelona. Intermón Oxfam, 2007.
- DÍAZ-SALAZAR, Rafael. (Ed.). *Justicia global: las alternativas de los movimientos del Foro de Porto Alegre*. Barcelona: Intermón Oxfam, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- _____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.
- FLORES, Joaquín Herrera. *O nome do riso: breve tratado sobre arte e dignidade*. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: CESUSC; Florianópolis: Bernúcia, 2007.
- _____. *La reinención de los derechos humanos*. Sevilla: Atrapasueños, 2008.
- FLORES, Joaquín Herrera. (Ed.). *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Editorial Descleé de Brouwer, 2000.
- GALLARDO, Helio. *Teoría crítica: matriz e posibilidad de derechos humanos*. Murcia: David Sanchez Rubio, Gráficas F. Gomez, 2008.
- GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva de direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- GROSSI, Yonne de Souza. *Mina de Morro Velho: a extração do homem, uma história de experiência operária*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re) *Pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HINKELAMMERT, Franz. In: FLORES, Joaquín Herrera. (Ed.). *El vuelo de Anteo: derechos humanos y crítica de la razón liberal*. Bilbao: Editorial Descleé de Brouwer, 2000.
- _____. *La transformación del Estado de Derecho bajo el impacto de la estrategia de globalización*. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/grupos/hoyos/13Hinkelammert.pdf>> . Acesso em: 15 abr 2008.
- FOLHA ON LINE. 10% mais ricos no Brasil detêm 75% da riqueza, diz Ipea. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u402034.shtml>.>Acesso em: 15 maio 2008.
- KEYNES, John Maynard. *Las Consecuencias Económicas de La Paz*. Editorial Crítica: Madrid, 2002.
- MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MARX, Carl. *Antología*. Edición de Jacobo Muñoz. Barcelona: Ediciones Península, 2002.
- MENDES, Gilmar Moreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MILARÉ, Edis. (Coord.). *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- MINA do Morro Velho. Disponível em: <http://www.descubraminas.com.br/destinoturísticos/hpg_pagina.asp?id_pagina=2278&id_pgiSuper=>>. Acesso em: 26 maio 2008.
- MINAS GERAIS. Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 151.874-1/02. Relator: Juiz Ferreira Esteves. Belo Horizonte, 6 de abril de 1994.
- MINAS GERAIS. Tribunal de Alçada. Apelação Cível nº 151.874-1. Relator: Juiz Jarbas Ladeira. Belo Horizonte, 15 de setembro de 1993.
- MINAS GERAIS. Ministério Público. Procuradoria de Justiça de Direitos Difusos e Coletivos. Dados estatísticos de 2007. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br/extranet/portal/index.jsp#svgCVnxA09MCP9gsH5gzSvMCUixzJvhCLjxyYjvzW92CPr3BYL2BOMxzJf2BeLMCLLgDHn0BTbhBLrxySetm3KtmSugEPnhDLnvzJf2BOCYCLnwyVruAYvwA0fwr4rNCH5wz0DskPSd>> Acesso em: 23 jun. 2008.
- MORRISON, Wayne. *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- NUÑEZ, Orlando. *La sociedad civil*. Panamá: Ruth Casa Editorial, 2005.
- O DECLÍNIO do Império Americano. Direção: Denys Arcand. Canadá. Europa Filmes, 1985.
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.
- PRADO JÚNIOR, Caio. *Formação do Brasil contemporâneo*. 23. ed. São Paulo: Brasiliense, 2006.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- UGARTE, Pedro Salazar. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*. México: FCE, IJ-UNAM, 2006.
- VENTURINI, Elton. *Processo civil coletivo*. São Paulo: Malheiros, 2006.