



PROCESSO COLETIVO E DIREITO À PARTICIPAÇÃO

Técnicas de atuação
interativa em litígios
complexos

Edilson Vitorelli

José Ourismar Barros

2ª edição

Revista, atualizada e ampliada

 EDITORA
jusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

ATUAÇÃO INTERATIVA E LITÍGIOS COLETIVOS

Foi a vida, muito mais do que o direito, que se tornou o objeto de lutas políticas, ainda que estas últimas se formulem através de afirmações de direito.¹

Michel Foucault

2.1. INTRODUÇÃO

É a partir do marco teórico exposto no capítulo anterior que se torna possível pensar em formas de participação e outras possibilidades de interações – mais ou menos intensas – entre os legitimados ativos e os titulares dos direitos. Com esta denominação, *atuação interativa*, não se tem a intenção de lançar um modismo, mas apenas indicar que a atuação em litígios coletivos é passível de ser qualificada pela possibilidade de uma atuação mais alargada por parte do legitimado ativo em relação aos seus representados.

Parte-se, assim, da centralidade da *teoria do litígio coletivo* para sistematizar as formas de interação entre os legitimados ativos e os titulares dos direitos no âmbito dos litígios coletivos. Ao colocar o *litígio coletivo* no centro dessa sistematização, em última análise, o que ocorre é o reposicionamento dos grupos coletivos no centro de organização do microssistema coletivo.

Verificou-se, no capítulo anterior, que a *participação* é núcleo do *devido processo legal*, mas no interior do *devido processo legal coletivo* há de se pensar em uma participação própria. Enquanto no processo individual tradicional, a participação já está bem sedimentada, no processo coletivo, essa garantia ainda carece de elementos mais detalhados. A situação peculiar do processo coletivo, conforme elaborado

1. FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. Trad.: Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. São Paulo: Paz e Terra, 2014. (p. 157).

no capítulo anterior, consiste no fato de que quem atua em juízo não é o titular da pretensão, portanto é exigido que seja articulado um modo próprio de exercício da participação, demarcando-se níveis mais intensos de participação que impliquem verdadeira interação.

Cabe demarcar, desde já, a *participação* de acordo com os critérios endo e exoprocessual. Em uma perspectiva *endoprocessual*, a atuação do legitimado ativo determina-se pela atividade de *representação-participação*, que estabelece o legitimado ativo na condição de atuar em nome de outrem complementada por práticas participativas, já descritas no capítulo anterior. Na perspectiva *exoprocessual*, a atuação do legitimado ativo é identificada pela atividade de *participação-interação*. Ou seja, *fora do processo, mas para o processo*. O que será aprofundada neste capítulo.

Este capítulo que se apresenta demarca, também, uma proposta de superação da dicotomia entre representação *versus* participação, revisitando as posições que reafirmam essa separação com o fim de reforçar a possibilidade de convivência entre elas e se sustentar um novo paradigma em que se pretende ir além dessa bipartição.

Esse *ir além* dá-se pela apresentação de uma teoria da participação em litígios coletivos com a adição de dois movimentos de interação possíveis: a *mobilização do direito* e a *mobilização no direito*. Mais do que um jogo de palavras, trata-se de uma proposta de formas de interação entre os legitimados ativos e os titulares dos direitos envolvidos em litígios coletivos.

Para se obterem os resultados práticos esperados, é feito, de início, a fixação de algumas premissas teóricas, montando-se um alicerce sobre o qual se poderá construir uma teoria da participação (*exoprocessual*) em litígios coletivos.

Ao final do capítulo, sob a denominação *implementação da participação*, será desenvolvido um roteiro de aplicação prática das ideias que serão lançadas a partir de agora.

2.2. DIREITO À PARTICIPAÇÃO

É preciso deixar assentado que a *participação* é, antes de tudo, um imperativo ético, um imperativo pré-jurídico, portanto. Logo, pré-processual também². Aliás, o postulado ético da *participação* é

2. Vale anotar a seguinte passagem de Paulo Bonavides: “Desde algumas décadas a axiologia da justiça é o portal da legitimidade. Seu grau normativo é superior ao da legalidade. Dantes, a lógica da razão,

notado no direito processual coletivo a partir do momento em que se vislumbra a forma como a doutrina processualista *tecnicista* ou *dogmatiza* a participação no domínio do processo.

Nestas primeiras linhas, a discussão refere-se a alçar a participação como um postulado ético que influencia o Direito, o processo, as instituições estatais, as posturas dos trabalhadores, as atividades dos servidores públicos etc. Um imperativo ético que implica modelos de comportamentos que devem ser seguidos pelos profissionais que atuam em *litígios coletivos*. Quer-se, portanto, determinar esse marco ético que possibilitará, mais à frente, estabelecer a *participação* como uma *práxis*, como um *instrumento processual* e como um *direito*.

Fábio Konder Comparato afirma que “está em curso, há vários séculos, um amplo movimento de mundialização associativa e comunitária”³. É o que ele chama de mundialização humanista, que passa pelos escritos de John Locke (séc. XVII), com a tese dos direitos individuais e inalienáveis; Rousseau (séc. XIII), com a tese da soberania popular; Kant (séc. XIII), que colocou o ser humano como um fim em si mesmo; Marx (séc. XIX), que expôs as contradições do individualismo/liberalismo político⁴; e pelas práticas de Mahatma Gandhi, que colocou em pauta os valores da paz, da vida em todas as suas formas e do amor⁵. Ainda segundo Comparato, “[g]raças à influência fecunda e regeneradora desses grandes valores éticos, foi sendo construído, andar por andar, o grandioso edifício do sistema universal dos direitos humanos”⁶. Tudo isso coloca a pessoa humana,

com a regra, a lei, o código; daqui por diante, o humanismo das idéias com o valor, o princípio, a Constituição e a Justiça escrevendo a evolução do Direito, depois de atravessar a crise das ideologias e assentar sobre princípios a normatividade das Constituições. Em nosso tempo a alforria espiritual, moral e social os povos, das civilizações e das culturas se abraça com a idéia da concórdia. Essa idéia cativa a alma contemporânea, porque traz, consoante é mister, do ponto de vista juspolítico, uma ética que tem a probabilidade de governar o futuro, nortear o comportamento da classe dirigente, legitimar-lhe os atos de autoridade, presidir-lhe as relações de poder. Essa ética é, portanto, cimento que faz forte a paz na relação política dos povos dirigida à construção de um mundo fraterno. O Direito, a Nação e a República representam conceitos aos quais se liga, indissociável, a noção de ética.” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 571).

3. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. (p. 433).
4. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. (p. 395 e 434-435).
5. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. (p. 434-435).
6. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. (p. 435).

a promoção da autonomia e emancipação humanas no centro dos sistemas jurídicos estatais e supraestatais.

Sob essas influências, o marco filosófico contemporâneo elegeu a *pessoa humana* como medida de todas as coisas, um ente dotado de consciência ética, capaz de guiar-se pelas normas que ela própria edita; a *pessoa humana* é dotada de liberdade, o que implica, por conseguinte, a responsabilização pelos seus atos livres. Tal liberdade, contudo, há de se guiar pelos princípios éticos, verdadeiros valores universalizados, normas axiológicas e normas objetivas que se correlacionam com as virtudes subjetivas e formam condutas, desejos, vontades, etc.

Como afirma Comparato, “não existe ética neutra, cega de valores”⁷. Os valores são formados por comunhão de sentimentos, por exemplo, sentimento de *Justiça*, de *Amor*, da *Verdade*, que constituem alguns princípios éticos universais e que se desdobram em outros, como: vida, liberdade, igualdade, segurança e solidariedade, por exemplo⁸⁻⁹.

Mas, então, qual seria o valor subjacente ao postulado ético da *participação*? Para os fins deste livro, afirmam-se como valores sustentáculos da *participação*: a *autonomia*, a *segurança* e a *racionalização*.

No que se refere à *autonomia*, dentro dos limites aqui propostos, o termo significa a capacidade de autodeterminar-se segundo a sua própria consciência e possibilidades. Como lembra Daniel Sarmiento, “[a] autonomia do indivíduo é um dos valores mais encarecidos pela cultura moderna e um dos pilares centrais sobre os quais estão erigidos os ordenamentos jurídicos da democracia”¹⁰. Decorre do postulado da centralidade da pessoa humana própria da filosofia kantiana¹¹. A

7. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*: direito, moral e religião no mundo moderno. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. (p. 505).

8. COMPARATO, Fábio Konder. *Ética*: direito, moral e religião no mundo moderno. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. (p. 521).

9. Pelo menos, no mundo moderno ocidental.

10. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana*: Conteúdo, trajetórias e metodologia. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. (p. 137).

11. Vale lembrar o que André Franco Montoro escreveu no prefácio à 21ª edição de sua obra *Introdução à Ciência do Direito*: “4. DIREITO DE PARTICIPAÇÃO – O despertar da sociedade civil e a participação ativa de todos os seus setores no processo de desenvolvimento da sociedade constitui um dos fenômenos marcantes da história atual. É a substituição dos antigos processos paternalistas e autoritários pela prática de métodos democráticos em que as pessoas passam a atuar, fiscalizar e tomar iniciativas através de comunidades, grupos de múltipla atuação e movimentos sociais. Dentro dessa realidade e com base no texto da Declaração Universal de 1948, podemos fixar as linhas de um novo direito social em formação, representado pelo direito que tem cada homem de participar ativamente no

autonomia tem conexão próxima ao valor da liberdade. É pressuposto que a liberdade seja uma possibilidade real, uma experiência possível, uma realização prática. Liberdade enquanto a prática de ser livre dentro do que é possível (limitações sociais, psicológicas, jurídicas etc.) e sob compromisso da responsabilidade pelos seus atos livres¹².

Poderia se argumentar que *autonomia* é um atributo intrínseco ao indivíduo e esse valor seria incompatível com a *teoria dos litígios coletivos*, já que se trata de sociedades, grupos de pessoas. Contudo, essa objeção estaria, se fosse feita, errada. Isso porque as sociedades titulares dos direitos e seus eventuais subgrupos são, em última análise, formadas por pessoas reais e concretas. Os direitos do grupo refletem nas pessoas que o integram. A autonomia só se realiza na interação, só é possível pensar em autonomia em relação a outras pessoas ou a outros grupos. Estabelecer o valor *autonomia* como fundamento da participação no marco dos litígios coletivos tem como objetivo reivindicar que as pessoas ocupem o centro epistemológico do microsistema coletivo. Tal reivindicação existe para que as metodologias e procedimentos considerem os indivíduos no contexto dos litígios coletivos enquanto afetados pela efetivação ou omissão da tutela dos direitos transindividuais, sepultando a máxima de que esses direitos são de todos e de ninguém ao mesmo tempo. Como já afirmou Vitorelli, “os indivíduos só existem em sociedade e a sociedade só existe em indivíduos. Pretender fazer uma diferenciação estática e incontornável entre questões individuais e questões coletivas é um exercício artificial”¹³.

É preciso pensar, também, a *autonomia* em duas dimensões possíveis: *autonomia privada* e *autonomia pública*. Essa elaboração é

processo de desenvolvimento de sua comunidade. Não se trata apenas de receber os benefícios do progresso, mas de ‘tomar parte’ nas decisões e no esforço para a sua realização. Em lugar de ser tratado como ‘objeto’ das atenções paternalistas dos detentores do Poder, o homem passa a ser reconhecido como ‘sujeito’ e ‘agente’ no processo de desenvolvimento. Trata-se de uma exigência decorrente da natureza inteligente e responsável da pessoa humana. [...] São Paulo, março de 1993” (p. 20).

12. “Presentes certas condições, podemos assumir o leme de nossas vidas, fazendo escolhas sobre as quais devemos nos responsabilizar. A premissa deste estudo é a que a liberdade humana é uma possibilidade real, e não uma ilusão, conquanto esteja sujeita a diversos tipos de embaraços que não podem ser desprezados. [...] as consequências do contrário seriam tão intoleráveis para a compreensão de pessoa, de responsabilidade, de sociedade e de Direito, tão insuportáveis para as nossas próprias vidas, que a liberdade tem de ser postulada” (SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 138.)
13. VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. (cap. 2).

trazida por Daniel Sarmiento: “[a] autonomia privada diz respeito à faculdade da pessoa de se autodeterminar, de fazer as suas próprias escolhas de vida, e a autonomia pública, que se liga à democracia, consiste no poder do cidadão de tomar parte nas deliberações da sua comunidade política”¹⁴. Em relação à autonomia privada, o autor assim complementa esta noção:

[...] corresponde à faculdade do indivíduo de fazer e implementar escolhas concernentes à sua própria vida. Ela expressa a autodeterminação individual e resulta do reconhecimento do ser humano como um agente moral, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e com o direito de seguir a sua decisão, desde que ela não viole direitos alheios¹⁵.

Já com relação à *autonomia pública*, Sarmiento elabora o conceito enquanto um instrumento, no sentido de meio para a conquista de direitos e acesso ao debate público; e enquanto um valor constitutivo que significa o reconhecimento da pessoa enquanto um agente político, um cidadão, um agente na esfera pública¹⁶. Isso demonstra que a autonomia – enquanto um valor para a participação – é mais do que liberdade e responsabilidade, há nela uma noção de interação com os demais.

Por *segurança*, identifica-se um sentimento subjetivo de previsibilidade e estabilidade da pessoa em relação às atividades jurisdicionais do Estado e das demais pessoas envolvidas no litígio coletivo. Vale-se da seguinte passagem, já apontada em outro momento, para descrever esse estado subjetivo de segurança, previsibilidade e estabilidade:

Em ‘O processo’, de Franz Kafka, provavelmente a mais célebre obra literária a retratar um modelo processual indesejável, boa parte da angústia vivida pela personagem decorre não dos efeitos diretos ocasionados pela situação, mas seu caráter incompreensível, da imprevisibilidade do rito processual que se desenvolve. Isso se dá porque a essência do devido processo legal e associada à participação, que

14. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. (p. 140).

15. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. (p. 140).

16. SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: Conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. (p. 147-148).

permite ao interessado compreender o desenrolar de acontecimentos que resultarão na decisão¹⁷.

Nesta análise, a *segurança* se relaciona à *informação*, ou melhor, a ter ciência, compreender e conseguir prever os atos relacionados ao processo, suas consequências e implicações. Ou seja, informação enquanto um estado subjetivo de estar informado. Essa segurança que deriva da informação adequada também pode ser vista como um valor caro ao processo, inclusive ao processo coletivo¹⁸.

Quanto à *racionalização*, ela significa o desenvolvimento de argumentos a partir dos elementos que compõem o litígio, levando-se em consideração desde os afetos até as formalidades. Caracteriza-se como meio importante para a compreensão das injustiças com o objetivo de removê-las, bem como, melhorar as condições de justiça¹⁹.

Optou-se por usar *racionalização* e não *racionalidade* justamente para identificar uma ação em movimento e não uma condição inata do ser humano. Em outras palavras, tende-se a uma racionalidade prática e não a uma racionalidade teórica, em que se destacam a compreensão ao invés da explicação, bem como a contextualização ao invés da descrição. Assim, o *litígio coletivo* pode ser compreendido – e não só descrito – por meio da análise de um contexto²⁰.

A *racionalização* aparece como um valor para as teorias da decisão e também para as teorias da Democracia. Inspira-se, notadamente, nas noções da *argumentação racional* e da *deliberação pública*. Essas duas práticas são de enorme relevância para o contexto da participação na *teoria dos litígios coletivos*. É a partir delas que será possível introduzir, no mundo formal do processo coletivo, os mais diversos elementos que compõem o universo do *litígio coletivo*. Essas atividades

17. VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. (p. 119).

18. Segundo Marinoni, Arenhart e Mitidiero, “[o] direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais. Ainda a segurança jurídica determina não só segurança no processo, mas também segurança pelo processo. Nessa linha, o direito fundamental à segurança jurídica processual exige respeito: (i) à preclusão; (ii) à coisa julgada; (iii) à forma processual em geral; e (iv) ao precedente judicial” (*Novo curso...*, p. 515).

19. SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Trad.: Denise Bottmann e Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. (p. 11).

20. Ver: BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte geral. vol. 1. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Especialmente sobre a teoria da norma penal a partir de Vives Antón, que estabelece uma dupla essência para as normas penais: decisão de poder e determinação da razão. (p. 162 e 184).

são também veículo para a emergência de qualificação dos dissensos, consensos e soluções. Como afirma Amartya Sen, ainda que se tenha certo ceticismo à argumentação racional, não existe fundamento para deixar de usá-la até onde seja possível²¹.

Ao se colocar a *racionalização* enquanto um valor e ao lado da *autonomia* e da *segurança*, pretende-se equalizar os exageros e os negacionismos, propondo-se um reconhecimento dessas duas dimensões componentes da atividade humana e suas instituições.

Além disso, aposta-se nessa *racionalização* enquanto um *direito à participação* que opera por meio da *argumentação racional* e da *deliberação pública*, capaz de prover conhecimento quanto aos elementos de fato e de direito que compõem o litígio coletivo, bem como servir de meio de justificação das decisões, além de proporcionar o controle dessas e demais atividades relacionadas ao litígio coletivo.

A *participação* é, então, um postulado ético que densifica os valores da *autonomia*, *segurança* e *racionalização*. Esse paradigma ético – e seus valores subjacentes – é decalcado nas Ciências Políticas e no Direito (Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Processual etc.), formando outras noções/institutos circunscritos a esses domínios, por exemplo, participação política, participação social, contraditório etc. A essência é a mesma. Ela penetra nos domínios da Política e do Direito. A *participação* – enquanto um postulado ético – é detalhada ao passo que se insere/penetra nas formalidades e nas estruturas estatais e jurídicas. Assim, a *participação*, no âmbito das Ciências Políticas, é mais genérica. De acordo com Giacomo Sani,

Na terminologia corrente da ciência política, a expressão Participação política é geralmente usada para designar uma variada série de atividades: o ato do voto, a militância num partido político, a participação em manifestações, a contribuição para uma certa agremiação política, a discussão de acontecimentos políticos, a participação num comício ou numa reunião de seção, o apoio a um determinado candidato no decorrer da campanha eleitoral, a pressão exercida sobre um dirigente político, a difusão de informações políticas e por aí além²².

21. SEN, Amartya. *A ideia de Justiça*. Trad.: Denise Bottmann e Ricardo Donielli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. (p. 19).

22. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad.: Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacaís e Renzo Dini. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. Verbete "Participação política" (p. 888 e ss.).

Já no domínio do Direito – especialmente no Direito Constitucional, talvez o ramo do direito com maior proximidade das Ciências Políticas – a penetração dos valores da participação resulta, por exemplo, em direito ao voto e a ser votado, em garantia da ação popular etc. No âmbito do Direito Administrativo, esse decalque aparece como o direito de participação na Administração Pública direta e indireta (participação dos usuários nos serviços públicos, colegiados de políticas públicas etc.). No âmbito do direito processual, por sua vez, a participação revela-se como essência do devido processo legal.

Visto isso, a proposta que se colocará é justamente percorrer o caminho que essa penetração dos valores da *participação* faz no âmbito do *microsistema coletivo* a partir da *teoria dos litígios coletivos*. Verificando-se, ademais, quais os efeitos, as modificações e as adaptações que essa penetração causa neste domínio.

É preciso lembrar, ainda, o caráter prático que envolve a *participação*. Como afirmam William Ury, Roger Fisher e Bruce Patton acerca do método de negociação baseada em princípios, “É simples: quando o outro lado não participa do processo, é pouco provável que aprove o resultado”²³. Ou seja, se a participação como um imperativo ético não convence, resta pensá-la em termos de efetividade da atuação.

2.2.1. A participação enquanto uma experiência

Aqui, a proposta é analisar a *participação* enquanto uma *experiência* de realização prática da *autonomia*, fortalecendo-a com vistas à *emancipação* dos sujeitos. Então, passa-se a pensar a participação como uma *atividade política e social*, isto é: a experiência da participação informada por *interações* (comunicação, articulação, relações, influências, ações conjuntas etc.), que deve levar em conta duas dimensões das relações humanas: os *afetos* (como as pessoas são afetadas: desprezo, repulsa, entusiasmo etc.)²⁴ e as *formalidades/institucionalidades* (normas jurídicas e padrões estabelecidos). Portanto, na acepção prática da *participação*, mais do que admitir as

23. URY, William; FISHER, Roger; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: como negociar acordos sem fazer concessões*. Trad.: Rachel Agavino. Rio de Janeiro: Sextante, 2018. (p. 49).

24. Aliás, “Freud não cansa de nos mostrar quão fundamental é a reflexão sobre os afetos, no sentido de uma consideração sistemática sobre a maneira como a vida social e a experiência política produzem e mobilizam afetos que funcionarão como base de sustentação geral para a adesão social” (SAFATLE. *O Circuito...*, p. 37)

dimensões próprias das interações humanas, pretende-se observá-las, reconhecê-las e ressaltá-las. Por *interação*, basta entender, por ora, as possibilidades como os atores envolvidos no litígio coletivo irão se relacionar. Um conceito amplo e abrangente, portanto.

Não se podem excluir das interações essas duas dimensões que operam na realidade, implicando ações ou omissões que formam e conformam interesses, posições e performances. É preciso dimensionar a medida da representação simbólica da autoridade do juiz, do membro do Ministério Público, do defensor público, dos advogados etc.; e das práticas e padrões já conhecidos e internalizados, bem como das normas jurídicas incidentes, que possibilitam ou impedem condutas. Do mesmo modo, as dimensões mais subjetivas das interações humanas não podem ser desconsideradas. Tais dimensões serão tratadas como *afetos*, isto é: a forma pela qual as pessoas são *afetadas* pelas ações, reações, sentimentos das demais²⁵.

Seria mesmo a lei capaz de, por si só, fundamentar os vínculos sociais? Ou haveria algo mais elementar que produziria essa coesão social? O filósofo Vladimir Safatle questiona essa legitimidade e, sobretudo, a capacidade de a lei fundamentar os vínculos sociais e, neste contexto, propõe que os afetos humanos são capazes de gerar esse efeito. Segundo as suas próprias palavras,

[...] talvez precisemos partir da constatação de que sociedades são, em seu nível mais fundamental, circuito de afetos.²⁶ E: “se não é a adesão tácita a sistemas de normas que produz a coesão social, então devemos nos voltar aos circuitos de afetos que desempenham concretamente esse papel²⁷.”

Safatle tem, então, se dedicado a apresentar um diagnóstico social a partir de elementos para além das normas (sociais ou jurídicas), o que possibilita compreender alguns fenômenos sociais, principalmente aqueles que, à luz da racionalidade, soam como incoerentes, mas

25. Barack Obama, em seu recente livro, reconheceu durante a sua campanha presidencial que são os afetos/sentimentos que mobilizam as pessoas, muito mais do que explicações ou discursos racionais. Segundo ele, “Gostasse eu ou não, as pessoas eram movidas pelos sentimentos, não pelos fatos” (Uma terra prometida, p. 103).

26. SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. rev.; 5. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. (p. 15).

27. SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. rev.; 5. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. (p. 16).

que, na dinâmica dos afetos, obedecem a algo bem coerente. Safatle constata que são os *afetos* que formam *coesão social*, muito mais do que as leis. Para reforçar essa constatação, inicia uma de suas obras com uma passagem do livro *O Processo*, de Franz Kafka, que descreve uma cena no tribunal, a qual ele designa como “a cena mais política de O processo”²⁸. Trata-se da cena em que Joseph K. decide voltar ao tribunal onde tramita o seu inquérito. Joseph K. se depara com um tribunal sem audiências, livros com conteúdo pornográficos, e vê ali a disposição de coisas não usuais para um tribunal, vê ali mais do que leis, as paixões humanas. Safatle conclui:

Sob essas figuras de corporeidade excessiva e esses títulos de pornografia de banca de jornal talvez houvesse um circuito que, muito mais do que a Lei, produz o fundamento dos vínculos sociais. Talvez houvesse a circulação daquilo a que nossos olhos não podem ser indiferentes porque nos afeta, seja através das formas de atração, seja através da repulsa. No lugar da lei, das normas e das regras havia, na verdade, um circuito de afetos²⁹.

Se o que gera *coesão social* são os *afetos*, qual é o *afeto* fundante da sociedade ocidental contemporânea? O medo (desde Hobbes, segundo Safatle) é o afeto fundante do Estado no marco da modernidade³⁰. Hobbes parte do pressuposto de que a condição natural do “homem” – na linguagem deste teórico – é a igualdade. E é essa condição natural de igualdade que gera a condição natural de guerra “de todos os homens contra todos os homens”³¹. Isso pode parecer contra intuitivo, mas, para Hobbes, a condição de igualdade possibilita que dois homens desejem o mesmo objeto ou tenham o mesmo objetivo. Dessa forma, é possível que surja a desconfiança de um para com os demais indivíduos caso esse objeto ou esse objetivo não possam ser gozados ao mesmo tempo por mais de uma pessoa. Essa desconfiança natural do “homem” exige, para a sua própria conservação, uma *antecipação*; isto é, a força ou a astúcia para subjugar os demais até a

28. SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. rev.; 5. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. (p. 15).

29. SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. rev.; 5. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. (p. 14).

30. SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. rev.; 5. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. (p. 42).

31. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Abril Cultural (Os Pensadores), 1979. (p. 106).

medida em que não haja qualquer outro poder suficientemente grande que possa ameaçá-lo. Enfim, essa é a condição natural do “homem”: a condição da guerra, a condição do “homem” como lobo do próprio “homen”. Para que essa guerra em latência não se efetive, é necessário um poder comum, um poder que surge da soma dos poderes individuais: o Leviatã. Somente com a existência desse poder comum, o “homem” deixa seu estado de guerra natural para ingressar num estado de paz garantido pelo soberano³². Ou seja, é com a ameaça, com o medo de um mal maior que se garante a paz. Logo, se vê que o medo é o afeto constituinte da política moderna e contemporânea. É o medo que gera aquiescência à norma³³.

Mas, segundo a proposta de Safatle, é possível e é devido que se supere essa condição de medo e desconfiança dominantes em direção à *emancipação* política das pessoas, o que passaria, inevitavelmente, pelo reconhecimento e aceitação do estado de *desamparo* inerente ao ser humano³⁴. Propõe-se, então, que o *desamparo* seja o afeto fundante das *interações da experiência da participação*. Na psicanálise de Freud, o *desamparo* é o afeto fundante da constituição humana. E, em seus escritos sociológicos, Freud coloca o *desamparo* como o afeto que abre portas para os vínculos sociais e para a formação de coesão social. É na aceitação do desamparo que se possibilitam as interações e a participação. É a partir desse afeto fundante que o sujeito se autoriza a emancipar-se politicamente.

O *desamparo* significa tanto a condição biológica de privação material (separação do bebê do corpo da mãe, o choro noturno do bebê)³⁵, quanto a condição social de desassistido, desprotegido³⁶. O reconhecimento da condição de *desamparo* é que permite a criação dos vínculos sociais, e a pessoa abre-se à influência externa. É certo

32. BARROS, José Ourismar. Da soberania aos micropoderes: aporias no ensino jurídico concebido no poder soberano. *Universitas/JUS*. v. 24, n. 2, p. 33-42, 201. (p. 35-36).

33. SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. rev.; 5. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. (p. 16).

34. SAFATLE, Vladimir. *O circuito dos afetos: corpos políticos, desamparo e o fim do indivíduo*. 2. ed. rev.; 5. reimp. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019. (p. 47).

35. Noção que é desenvolvida por Freud no texto “*Inibição, sintoma e angústia*”, de 1926. (FREUD, Sigmund. *Inibição, sintoma e angústia, o futuro de uma ilusão e outros textos* (1926/1929). Trad.: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2014, p. 80).

36. Noção que é desenvolvida por Freud no texto “*O mal-estar na civilização*”, de 1930. (FREUD, Sigmund. *Mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos* (1930/1936). Trad.: Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 91).

que Freud discorre sobre o *desamparo* como abertura para relações verticalizadas: o pai, o chefe de Estado, o líder carismático, o líder religioso, o fundador da empresa etc. Mas é certo também que o *desamparo* elaborado, racionalizado e trazido consciente é que permitiria os vínculos horizontais. Na primeira situação, esse desamparo inconsciente é gerador do medo provocador de atitudes erráticas em busca de proteção a qualquer custo (relacionamento abusivo, líder político sanguinário etc.). Na segunda situação, a consciência da situação de desamparo conduz à busca das relações cuja “cadeira da autoridade” esteja vazia, o lugar do poder esteja vazio³⁷.

Deixar o lugar do poder vazio é também uma autorização ao autorreconhecimento enquanto titular de direitos. Ora, ao ir em busca de acesso à Justiça, a pessoa tem que se reconhecer titular de um direito, ainda que isso não se confirme posteriormente. E isso se torna mais importante quando se trata de litígios coletivos. Antes da decisão judicial de materialização dos direitos transindividuais, os grupos devem, necessariamente, entenderem-se enquanto grupo, enquanto lesionados e enquanto titulares de um direito transindividual. Ressalta-se, assim, que a experiência participativa possibilitará que seja criado ou reforçado o reconhecimento enquanto grupo, enquanto grupo lesado e enquanto grupo titular de direitos.

A outra dimensão das interações possíveis são as formalidades e institucionalidades. Apesar das paixões humanas terem forte influência nas condutas das pessoas, as normas sociais (o que inclui as jurídicas) operam na realidade, na *práxis*, na experiência, em um duplo aspecto: conformidade e desconformidade das ações em relação às normas. “Ou seja, a Lei social pode deixar de ser caracterizada pelo conjunto positivo de normas e regras que ela enuncia para ser apenas a marca da inadequação que ela produz em relação aos seus portadores”³⁸.

Disso decorre uma outra constatação: “a Lei [social e jurídica] funcionará bem quando ela não legiferar, mas quando simplesmente autorizar o conflito em relação ao seu próprio sentido”³⁹. Logo, a

37. SAFATLE, Vladimir. *Maneiras de transformar mundos*: Lacan, política e emancipação. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. (p. 33).

38. SAFATLE, Vladimir. *Maneiras de transformar mundos*: Lacan, política e emancipação. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. (p. 45).

39. SAFATLE, Vladimir. *Maneiras de transformar mundos*: Lacan, política e emancipação. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. (p. 45).

Lei (sobretudo, a social) é também a permissão para o conflito. A evitação do conflito é a própria negação da participação e da emancipação dos sujeitos. A evitação do conflito (entre pessoas, grupos, intragrupos; e entre grupos e a norma) fará apenas um recalçamento do conflito, que aparecerá transformado em outro momento. A permissão de circulação do conflito, ou seja, tratamento adequado ao conflito poderá gerar a racionalização – civilização, não violência – da participação.

Deixar o lugar do poder vazio significa que entre os titulares dos direitos não há quem fale por todos e que o legitimado ativo os representa judicialmente, mas não fala em nome deles. Com efeito, deixar o lugar do poder vazio permitirá a participação como realização da autonomia dos sujeitos e formará sujeitos emancipados. Por sujeito emancipado entende-se aquele que é “capaz de agir e se responsabilizar por seus atos, pois eles foram fruto da deliberação como cálculo de meio e fins, da decisão como escolha diante de possíveis”⁴⁰. Estabelece-se aqui uma nova norma, uma norma interna do grupo de participantes, que se sujeitará a novas contestações. Essa é a experiência da participação: conclusões parciais, entendimentos coletivos, encaminhamentos coletivos, qualificação dos dissensos, busca por consensos e, é claro, retrocessos.

2.2.2. A participação enquanto instrumento

Viu-se que o valor *segurança* é o segundo fundamento da *participação* no âmbito dos processos coletivos. Essa *segurança* significa um estado subjetivo de previsibilidade e estabilidade dos atos e efeitos das atividades relacionadas ao processo. A participação, por sua vez, é introduzida no *processo coletivo* como *instrumento de efetivação/realização do direito material*.

Assenta-se, como premissa, a existência de um *direito à segurança jurídica no processo* como elemento central na conformação do *direito ao processo justo*, conforme lição de Marinoni, Arenhart e Mitidiero⁴¹. Para eles, o direito à segurança jurídica *no processo* constitui direito à

40. SAFATLE, Vladimir. *Maneiras de transformar mundos*: Lacan, política e emancipação. Belo Horizonte: Autêntica, 2020. (p. 119).

41. MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (p. 514-515).

certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais⁴².

Foi visto que o valor *autonomia* é relevante para o *direito à participação* e que a *prática/experiência da participação* é o veículo por meio do qual se formará a *emancipação* – qualidade de quem é capaz de agir e se responsabilizar por seus atos, fruto de deliberação como cálculo de meio e fins e escolha diante de possíveis alternativas. Se a *participação* pode ser considerada enquanto uma *experiência* e também – conforme será visto – como um *direito*, qual é a *função* da *participação*? Qual é a função dessa prática? Qual é a função desse direito? Enfim, qual é a função da participação no devido processo legal coletivo?

A resposta já foi delimitada no capítulo anterior: a função da participação é possibilitar a realização do direito material em disputa no litígio coletivo; ou seja, a participação no processo coletivo é garantida apenas em caráter instrumental.

A partir de um diagnóstico do processo coletivo atual, é possível concluir que há, necessariamente, uma substituição da *participação* pela *representação*, pois os titulares dos direitos não participam no processo, sendo representados pelos legitimados ativos definidos por lei. Contudo, a simples substituição da *participação* pela *representação* significaria um tolhimento indevido e inconstitucional da *autonomia* da pessoa titular do direito. Como já mencionado, a *autonomia* é um valor central no sistema jurídico contemporâneo ocidental, um valor juridicizado, portanto, um princípio constitucional do Direito que encontra guarida na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), no princípio republicado (art. 1º, *caput*, CF), no princípio da liberdade (art. 5º, *caput*, CF) e no Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*, CF).

Seria, então, legítimo e constitucional a lei impedir a participação da pessoa titular do direito no processo, substituindo-a por um representante ideal? A resposta é *não*, pois há uma afronta aos princípios/valores da *autonomia* e da *segurança*, bem como dos princípios jurídicos que asseguram esses valores: direito à liberdade, dignidade da pessoa humana, contraditório, acesso à Justiça, direito a

42. MARINONI. Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (p. 515).

ser ouvido, direito ao devido processo legal etc. Além disso – como já demonstrou Vitorelli –, abrir as portas para a supressão pura e simples da participação no processo dos titulares do direito implicaria a possibilidade de se instituírem processos representativos quase infinitos, mesmo na seara individual. Não haveria motivos, por exemplo, para não autorizar que um membro da família representasse os outros em uma causa atinente a um interesse comum⁴³. E isso não é, na visão contemporânea de processo, admissível.

Mas então como compatibilizar e legitimar o processo coletivo preservando estes valores da *autonomia* e da *segurança*? A resposta passa, necessariamente, pela conclusão que foi dada anteriormente quanto à função da participação no processo coletivo, que é a realização do direito material objeto do litígio coletivo. Essa é a medida da *participação* e da *autonomia* no processo coletivo⁴⁴.

Colocando a questão de outro modo: se a *participação* não é um elemento essencial do processo, mas sim um instrumento, qual é a medida da participação dos titulares dos direitos no processo coletivo? Qual é a medida da autonomia dos titulares dos direitos no processo coletivo? É justamente o objeto da instrumentalidade do processo coletivo: a realização do direito material. Se a participação é um instrumento do processo coletivo, é instrumento para algo, que é a realização do direito material. Mas, não se exclui a necessidade que este fim deva se compatibilizar aos outros valores implicados no curso da relação processual: a *segurança* e a *autonomia*. Assim, a participação constitucionalmente garantida é considerada instrumento para a realização do direito material e deve ser exercida nos limites de sua contribuição para tal finalidade. A participação, enquanto instrumento, não se coloca acima dos direitos materiais das pessoas. Verifica-se, então, que o nível da participação é dado pela instrumentalidade do processo em sua busca pela realização do direito material e não pela natureza dos direitos materiais em jogo.

43. VITORELLI. Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. (p. 213).

44. “Se a participação fosse essencial, [...] todos os processos deveriam oportunizar o comparecimento de todos os interessados, independentemente dos eventuais benefícios que pudessem dele decorrer. A participação instrumental [ao contrário] advogado que, se não se pode antever qualquer vantagem para a realização dos direitos materiais litigiosos, em razão da oportunidade de participativa, ela não deve existir” (VITORELLI. Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo: dos direitos aos litígios coletivos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 213)

Disso resulta que a participação deve ser interpretada à luz da realização do direito material e, por consequência, a

[...] participação instrumental tem, em síntese, dois condicionantes: o indivíduo tem direito de participar do processo se sua participação for relevante para a realização dos direitos materiais litigiosos e nos limites definidos pelo contexto sistêmico no qual o processo se insere. [...] A restrição ou a supressão da participação é condicionada pela avaliação da sobrecarga do sistema jurídico e da possibilidade de obtenção de resultados materiais adequados em sua ausência⁴⁵.

Afinal, a legitimação do Poder Judiciário dá-se pela realização do direito material que a ele foi submetido, por meio do exercício do direito à ação coletiva e não pela participação em si. É fácil perceber que nenhum membro de nenhum grupo cujos direitos estejam sendo litigados em juízo concordaria em renunciar a um resultado materialmente adequado em benefício da ampliação de oportunidades participativas. Nem o mais perfeito esquema participativo seria valorizado pelas pessoas acima de um resultado material adequado.

Afirmar a possibilidade de restrição da participação na medida da sua utilidade para a realização do direito material não significa, porém, permissividade para que se restrinja a participação com fundamento em um pragmatismo aleatório. Isso deverá ser analisado a partir da teoria dos litígios coletivos e da teoria da participação que dela deriva, o que será sistematizado mais à frente⁴⁶.

Visto isso, apresenta-se, então, o desafio de pensar que tipo de *representação* se quer, de maneira que seja abandonada a dicotomia – correntemente enunciada – entre *participação* e *representação* no processo coletivo. Então, é preciso formular um conceito de *representação* que supere essa dicotomia e essa representação dos ausentes. É preciso que se formule uma representação em que se consiga dar vazão aos conteúdos jurídicos dos princípios da *autonomia* e da *segurança* dos titulares da pretensão material postulada em juízo pelo legitimado legal.

45. VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. (p. 213-214).

46. Ver item 2.5, que trata da implementação das atividades que envolvem a atuação interativa.

Sérgio Cruz Arenhart, por exemplo, trata da *representação* e da *participação* relacionando-as aos *processos multipolares*. O autor traz contribuições relevantes ao afirmar que, sempre que for viável, a participação direta deverá ser a forma preferida⁴⁷, bem como ressalta a possibilidade de acionar alguns mecanismos já positivados em lei nacional, como a figura do litisconsórcio⁴⁸ e do *amicus curiae*⁴⁹. Menciona também o instrumento da audiência pública como meio de diálogo entre os agentes públicos dos órgãos legitimados e os titulares dos direitos⁵⁰. Por fim, traz relevantes contribuições acerca da noção de *representatividade adequada*.

Porém, ao reduzir o problema da participação à dicotomia entre *participação direta* e *representativa*, Arenhart retorna ao problema original, com avanços, é claro, mas ainda assim, há um retorno à ideia de representação. Na verdade, talvez conduza a uma interpretação – por parte de quem lê – de que representatividade adequada seja sinônimo de representatividade suficiente. Logo, o que se conclui é que essas contribuições, apesar de relevantes, são, ainda, insuficientes para dar conta do problema do déficit de representatividade por parte do legitimado ativo.

Defendeu-se, anteriormente, a necessidade de que se desenvolva a noção de *representação*, levando-se em conta os seguintes pontos: a identificação do representante no processo; a verificação da relevância das posições desses representados para a atuação do representante; a forma como deve ser regulada a atuação do representante; e a forma como o esquema representativo se enquadra em uma tradição processual que é reiteradamente afirmada como participativa⁵¹. E avança afirmando que deve haver uma relação de

47. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix [orgs.]. *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. (p. 807).

48. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix [orgs.]. *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. (p. 808).

49. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix [orgs.]. *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. (p. 809).

50. ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix [orgs.]. *Processos estruturais*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. (p. 809).

51. VITORELLI, Edilson. *O Devido Processo Legal Coletivo*: dos direitos aos litígios coletivos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. (p. 252).

complementariedade entre *representação* e *participação*, e não uma relação de exclusão (uma coisa ou outra), implicando uma reelaboração dessas noções a partir de quatro princípios, conforme visto no capítulo anterior: (1) *princípio da titularidade definida dos interesses representados*: o objeto da representação e os representados devem ser identificados a partir da teoria dos litígios coletivos; (2) *princípio da atuação orbital do representante*: a atuação representativa deve ser feita em favor da promoção dos interesses dos representados; (3) *princípio da complementariedade entre representação e participação*: impõe a necessidade de que a atuação representativa disponha de momentos de participativos anteriores, simultâneos e posteriores; (4) *princípio da variância representativa*: nem todos os participantes precisam participar na mesma intensidade, a depender da espécie do litígio coletivo e do engajamento na mobilização⁵².

É sobre essa clivagem – e partir dela – que as ideias desenvolvidas neste livro se debruçam, pretendendo avançar nas formas de realização desses princípios, levando em conta os aprofundamentos quanto à *participação*, feitos até aqui, e à *mobilização* (o que será visto mais à frente), de forma a avançarmos para outras formas de interações possíveis entre os representados e os representantes, e entre os representados e o órgão judicial.

2.2.3. A participação como direito

Já foi elucidado acima que o valor *racionalização* é um dos valores que dão suporte ao *imperativo ético da participação*. Da *racionalização* pretende-se, agora, afirmar o próprio *direito da participação*, que possibilita a *ampliação do conhecimento dos fatos* (sendo condição necessária para a aplicação da lei e efetivação do direito material postulado em juízo⁵³), bem como permite o controle *da decisão*, seja concomitante ou posterior, além de fornecer elementos para a *justificação* das decisões.

A literatura jurídica desenvolve a noção de *racionalização* relacionando-a com a decisão judicial, mais precisamente sobre a

52. Relevante ver as fundamentações dadas por Vitorelli neste ponto, a partir da p. 252 de *O Devido processo legal coletivo*.

53. MARINONI. Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*, vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. (p. 103).