

*Inspirações da legitimidade  
procedimental habermasiana  
na legitimidade consensual  
nos processos coletivos*



**SOLON FLORES BESSONY DE SOUSA**

Graduando em Direito pela Faculdade Baiana de Direito (BA). Desempenhou as funções de monitor de História do Direito (2018.1), Sociologia Jurídica (2018.2), Hermenêutica Jurídica (2019.1 e 2020.1), Direito Constitucional I (2019.2), Filosofia do Direito (2020.2) e Direito Penal IV (2021.1). Estagiário na 2ª Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital do Ministério Público do Estado da Bahia.  
Contato: [solonbflores@gmail.com](mailto:solonbflores@gmail.com)

## RESUMO

O presente artigo, de maneira geral, objetiva analisar o processo judicial coletivo sob a óptica dos estudos habermasianos acerca do Direito, delimitando as possíveis compatibilizações e necessárias adaptações entre o presente instituto e sua teoria, além de investigar de que maneira o processo coletivo pode permitir com que todos os envolvidos possam participar do processo de legitimação da decisão, verificando de que modo o processo coletivo pode ser potencializado para concretizar o ideal de um Direito mediador de uma democracia deliberativa. Para tanto, utilizar-se-á da Teoria procedimentalista de Habermas para justificar os processos coletivos, afirmando a criação de estruturas deliberativas, por meio da realização de audiências públicas e institutos correlatos, que representem meios de aumentar a participação de todos aqueles vinculados pelo processo coletivo, e inclusive da sociedade civil, na validação do resultado do processo. Ainda, busca-se demonstrar que os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) viabilizam maior consenso nos resultados do processo coletivo, justificando, tanto nas audiências públicas quanto nos TACs, ideais da democracia deliberativa habermasiana, exemplificando o quanto exposto por meio do caso “Samarco” ocorrido em 2015 no município de Mariana (MG), observando nos dois TACs celebrados neste caso se eles condizem com o modelo de legitimidade procedimental no processo coletivo.

**PALAVRAS-CHAVES:** Processo coletivo. Direitos Coletivos. Jürgen Habermas. Termo de Ajustamento de Conduta.

## 1 INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

Diante disso, indaga-se de que modo a Teoria de Habermas sobre a uma democracia dialógica pode colaborar com maior consenso nos resultados dos processos coletivos, evitando morosidades na reparação do dano e satisfazendo melhor os interesses transindividuais tutelados em juízo, além do questionamento sobre como conciliar a ideia de Habermas sobre um procedimento que se volta para um entendimento comum com a ideia da sentença judicial enquanto instrumento de força coercitiva, levantando-se o TAC como hipótese suficiente, e preferível, à tutela de tais direitos.

## **2 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE OS PROCESSOS COLETIVOS**

Inicialmente, conforme Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr (2016, p. 30), tem-se que o “processo coletivo é aquele em que se postula um direito coletivo lato sensu (situação jurídica coletiva ativa) ou se afirme a existência de uma situação jurídica coletiva passiva (deveres individuais homogêneos, p. ex.) de titularidade de um grupo de

pessoas”. Desse ponto de partida, consegue-se perceber que a utilidade de um processo coletivo está ligada às referidas situações jurídicas substanciais que compõem o seu objeto.

Logo, no intento de definir cada uma daquelas situações jurídicas coletivas, sua natureza e suas peculiaridades, estabelece o parágrafo único do artigo 81 da Lei n. 8.078/90, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC), que:

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

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

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

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

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

Ainda nessa fase preliminar, a doutrina também destaca um contratempo legislativo na adoção de “interesses e direitos” no termo legal, evidenciando que “a nota essencial na distinção, (...), é que enquanto o direito subjetivo se vincula diretamente ao indivíduo, protegendo seu interesse individual, os interesses legítimos se dirigem ao interesse geral e favorecem o indivíduo apenas como componente, como “membro do Estado” (ZANETI JR., 2005, p. 237), mas que, dada a inafastabilidade da jurisdição, essa distinção tem pouca relevância prática, podendo na prática se verificar tanto um interesse geral quanto uma pretensão individual, ambas situações são tuteladas pelo microsistema processual coletivo.

Num mesmo sentido, aponta Daniel Amorim Neves que tal distinção “surgiu como algo incompreensível diante da concepção clássica de direito subjetivo, dividindo entre direito privado (de titularidade de um indivíduo) e público (de titularidade do Estado). Não havendo espaço para esses novos titulares (coletividade e comunidade),

criou-se o termo interesse para designar esse novo fenômeno” (NEVES, 2020, p. 160).

Contudo, mesmo que se tratem de efetivos direitos coletivos e não interesses, há um mérito do legislador em prever também “interesses”, porque, apesar dessa ineptidão lembrada acima, já introduz no campo do processo coletivo a imagem de um procedimento permeado por um interesse geral e legítimo, caracterizador da coletividade, como é o interesse público. Logo, ainda que não seja determinante para classificar a situação coletiva, que é preferivelmente pela doutrina um direito de fato, o interesse que permeia a demanda é relevante para verificar sua indisponibilidade.

Em razão disso, justifica-se utilizar-se do processo coletivo como espécie de “processo de interesse público” ou de “litigação de interesse público”, pois os direitos coletivos representam uma espécie de interesse público primário da Administração Pública (DIDIER JR., ZANETI JR., 2016, p. 38), também indisponível, portanto, ainda que presente numa pretensão individualizada, mas decorrente de um interesse comum. Nesse sentido, já se coloca o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário 248.869/SP, julgado na 2ª Turma da Corte, no dia 07/08/2003, pelo relator Min. Maurício Corrêa:

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

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

Até mesmo nesse último caso, em que um direito individual homogêneo como situação coletiva tutelada, há processo coletivo, principalmente quanto aos contornos da decisão e seu alcance, podendo até mesmo originar um “processo estrutural”, comumente relacionado com o controle judicial de políticas públicas que sofram de alguma desconformidade estrutural. São processos que, se vistos pela ótica individualista, necessariamente seriam condenados por sentenças condicionais e exortativas, e que, se

vistos pela ótica coletiva, representam mais do que a “origem comum” dos direitos individuais homogêneos.

Processos estruturais são mais que processos coletivos, pois demandam uma solução também estrutural, como o problema que os originou, sendo um “processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural” (VITORELLI., 2018, p. 340).

O processo estrutural, então, em vez de promover uma alteração isolada na estrutura, se converte “em um componente duradouro do processo de negociação política, que determina a forma e o conteúdo das políticas públicas. O juiz atua mais como uma gente de negociação e de troca, não mediante decisão e imposição” (VITORELLI., 2018, p. 340).

Nesse mesmo sentido, Sérgio Arenhart exemplifica que o processo estrutural pode ser demonstrado, inicialmente, pelas decisões que, ao outorgarem certo medicamento a um doente necessitado, fixam, fora das quadras do pedido do autor, condições e limites para o fornecimento desse produto, justamente porque a falta de medicamentos é um processo estrutural. Se forem analisadas pela ótica do processo individual clássico, essas decisões passam a representar uma clara situação de sentença condicional nulas, portanto (ARENHART, 2015, p. 10).

Todavia, mesmo com esses “defeitos” de extrapolar o pedido da demanda, tais decisões não de persistirem, pois, no mesmo exemplo, já é razoável a demonstração ulterior da necessidade do medicamento, e não sobrecarregando a parte ré com a demonstração da desnecessidade do fármaco, para que se pudesse fazer cessar o fornecimento. Por isso, embora extrapolando os limites do pedido, e ainda que a situação enseje uma sentença evidentemente condicional, não se deve reprovar essa forma de tutela, justamente por representar um grande contributo (ARENHART, 2015, p. 10).

Alinhando, então, a noção do processo coletivo como um processo de interesse público e sua potencial transformação num processo estrutural, deve-se ter na relação dos dois um aparo para a utilização do processo civil de interesse público na busca de implementação de direitos transindividuais, e em algumas hipóteses na estruturação de políticas públicas, em especial as medidas estruturantes que permitiriam no Brasil promover-se a “estruturação participada de um planejamento processual executivo para implementação e satisfação de obrigações e direitos fundamentais (como a

moradia, educação, saúde) de modo que ultrapassasse o tradicional uso dos meios subrogatórios e coercitivos” (ARAÚJO, BAHIA, NUNES, 2020, p. 303). Tal mentalidade vai ser essencial quando da análise de um exemplo prático ao final deste trabalho – o caso “Samarco”, um desastre ambiental ocorrido no município de Mariana (MG) no ano de 2015.

### **3 A LEITURA DO PROCESSO JUDICIAL COLETIVO PELO AGIR COMUNICATIVO DE JÜRGEN HABERMAS**

Superada essa delimitação preliminar do que seria o processo coletivo e as situações jurídicas coletivas, convém adentrar em seu regimento jurídico, explorando o que integra o chamado “microsistema processual coletivo”. A normatização jurídica dos direitos coletivos lato sensu é assim denominada porque nem todas as normas de direito coletivo estão presentes no CDC, seguindo a introdução do referido artigo 81, estão, em verdade, espalhadas pelo ordenamento, na Lei de Ação Popular, Ação Civil Pública, Improbidade Administrativa, Mandado de Segurança Coletivo, etc.

Ainda que dispersas, tratam-se de um verdadeiro sistema integrado, pois “os diplomas que tratam da tutela coletiva são intercambiantes entre si, (...), aderindo a uma intertextualidade intrassistemática. Esta mesma intertextualidade se dá agora com o CPC” (DIDIER JR., ZANETI JR., 2016, p.55). É preciso evidenciar, no entanto, malgrado a extensão do microsistema processual coletivo, tem-se que o seu “núcleo duro” é composto pela Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, e dentre as demais leis, o Estatuto do Idosos, da Criança e Adolescente, da Pessoa com Deficiência, a Lei de Improbidade Administrativa, Anticorrupção, etc.

De fato, já é possível constatar um microsistema de tutela coletiva no ordenamento brasileiro, mas ainda assim surge a questão da legitimidade, a qual é possível destacar que “ocorre que, em um meio no qual o interesse pertence à coletividade ou a um grupo que é tão-somente “representado” pelo autor da ação coletiva, fica evidente o disparate dessa conclusão” (ARENHART, 2015, p. 5).

O mesmo autor complementa, no sentido de exemplificar tal disparate, que o contraditório, para ser de fato influente na convicção do juiz, não pode se limitar a somente a participação da única parte legitimada, ainda que representante da situação jurídica coletiva, devendo ser realizado pela coletividade propriamente dita, por meio de técnicas adequadas na representação daqueles interesses (ARENHART,

2015, p. 7).

Logo, o ideal é que haja mais espaços de participação da coletividade enquanto um todo na tomada daquela decisão, inclusive para legitimá-la. Com base nisso, é possível se valer dos estudos do alemão Jürgen Habermas sobre o procedimentalismo. Em seu livro “Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade”, Habermas (1997, p. 24) esclarece como o agir comunicativo confere um valor central ao Direito e porque ela forma nele um campo apropriado para a sua teoria do discurso, de maneira a explicar, num primeiro momento, o que significa a tensão entre facticidade e validade no Direito com uma proposta reconstrutiva do agir comunicativo, até chegar na análise, pela teoria do discurso, dos ordenamentos jurídicos modernos.

Sobre a razão comunicativa, o novo modelo de razão que o orienta um agir comunicativo, diferente tanto da razão prática antiga quanto da razão instrumental da modernidade, Habermas contextualiza que, num período até Hegel, a razão prática pretendia orientar o indivíduo em seu agir, sendo puramente teleológica, enquanto que o direito natural configurava normativamente a única e correta ordem política e jurídica. Entretanto, ele desloca o conceito de razão da finalidade para o que ele chama de *medium* linguístico, avaliando a relação da razão com a Moral, de modo que ela adquirirá outros contornos teóricos, “podendo servir aos objetivos descritivos da reconstrução de estruturas da competência e da consciência, além de possibilitar a conexão com modos de ver funcionais e com explicações empíricas” (HABERMAS, 1997, p. 19-20).

A razão comunicativa, então, distingue-se da razão prática por não estar adstrita a nenhum ator singular nem a uma entidade sociopolítica. O que torna a razão comunicativa possível é o chamado *medium* linguístico, através do qual as interações se interligam e as formas de vida se estruturam, criando assim o denominado “mundo da vida” (HABERMAS, 1997, p. 19-20).

Nessa esteira, Habermas faz a distinção entre mundo da vida e sistema, como espaços ligados, porém distintos, na medida em que são duas esferas de reprodução social, uma material e outra simbólica, com funções diferentes no plano da integração, sistêmica, de um lado, e social, de outro, associadas a seus respectivos contextos de ação, isto é: estratégica e comunicativa (ARAÚJO, 2003, p. 218)

Sobre sua teoria do discurso, o autor irá tê-lo como um espaço de fundamentação racional (racionalidade comunicativa) em que a legitimação se dará em arranjos comunicativos. Constantemente referenciando Kant, inclusive relacionando a tensão

entre facticidade e validade com a tensão de liberdade e coerção que marca o direito natural kantiano, ele irá também desenvolver uma noção de autolegislação que concebe os sujeitos integrantes do discurso como autores e destinatários dessa norma (HABERMAS, 1997, p. 20).

Concretamente, para se efetivar o espaço procedimental do discurso, tem-se que tomar como ponto de partida o fato que todos os participantes perseguem sem reservas seus fins ilocucionários e que ligam seu consenso ao reconhecimento intersubjetivo de pretensões de validade criticáveis, revelando, assim, a disposição de aceitar obrigatoriedades relevantes para as consequências da interação e que resultam de um consenso (HABERMAS, 1997, p. 20).

É tanto que, a ideia de autolegislação dos cidadãos não pode ser deduzida da autolegislação moral de pessoas singulares, como era em Kant, necessitando a criação da norma, dessa forma, de um espaço como o discurso. Transmutando essas noções preliminares para o Direito, Habermas vai além, incorporando além de seu princípio do discurso, o chamado princípio da democracia, que é a própria institucionalização jurídica do discurso (HABERMAS, 1997, p. 158).

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

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

## 4 HIPÓTESES DE SATISFAÇÃO DA LEGITIMIDADE PROCEDIMENTAL NOS PROCESSOS COLETIVOS

Tem-se que, ante o exposto, que a legitimidade procedimental é uma imposição para maior efetividade das normas, um mecanismo democrático de formação da vontade pública e política que não o de legitimidade pela legalidade, isto é, a transferência da carga de fundamentação para o legislador na previsão de leis positivas e abstratas em vez dos próprios agentes comunicativos. Daí a importância de ampliar os espaços de deliberação: assegurar a autonomia política para a formulação dos direitos das políticas sociais. Migrando tal ideia para o processo judicial, pode-se observar o papel importantíssimo que uma audiência pública pode desempenhar na construção de uma norma, justamente porque não há como defender direitos coletivos e difusos por meio de mecanismos individuais e excludentes (BODNAR, STAFFEN, UVOBODNAR, 2019, p. 220).

Além de que, “a noção de democracia está intimamente ligada à de participação, uma vez que a participação no poder é da essência da democracia” (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 441). Isso é o que faz com que a doutrina já pense sobre uma melhor forma de legitimação nos processos coletivos que não a legitimidade por representação, sim por participação. Arenhart, Marinoni e Mitidiero (2017, p. 434) expõem que a legitimação pela participação se consubstancia na real participação das partes na formação da decisão, pois só proclamar o direito de participação, sem conceder efetivas oportunidades para tanto, implica negar a própria legitimidade que se pretende transmitir com a ideia de participação.

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

Wolkmer conclui ser inegável, portanto, que só uma perspectiva jurídica mais democrática, pluralista e participativa expressa a prática efetiva de subjetividades sociais, compositores do chamado “novo modo de vida”, em alusão a Habermas, projetando-se, por conseguinte, “não só como fonte inovadora de legitimação de uma

pluralidade emancipatória de direitos diferenciados, mas também como potencialidade privilegiada de resistência radical e contra-hegemônica aos processos de exclusão e desconstitucionalização do “mundo da vida” (apud BODNAR, STAFFEN, UVOBODNAR, 2019, p. 221).

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

Essa figura de intervenção de terceiros, que existia de forma bastante dispersa antes do Código de Processo Civil de 2015, também pode ser fundamentada nos trabalhos de Peter Häberle (1997) sobre os vários intérpretes da constituição, que, assim como Habermas também trata na legitimação na jurisdição constitucional, se refere a um procedimento que potencialmente interliga vários atores, como os órgãos estatais, cidadãos e grupos, não se podendo listar um elenco fixo de intérpretes da constituição, devendo a interpretação constitucional ser mais aberta quanto mais pluralista for a sociedade, razão pela qual se começou a permitir a intervenção de terceiros nas Ações de Controle Concentrado de Constitucionalidade, o que, com o CPC/15, consolidou a figura do *amicus curiae* ou “amigo da corte”.

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

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

Intervém-se neste momento, ainda, para frisar que só aumentar os espaços de estruturas deliberativas não é suficiente para alcançar o ideal democrático habermasiano. Ele desenha um procedimento voltado para um entendimento comum entre os sujeitos, o que também pode (e deve) ser alcançado no espaço jurisdicional, ainda que este seja marcado pela substitutividade da vontade do Estado-juiz pela vontade das partes configurada no ato coercitivo da sentença judicial. Ora, diante de todo o exposto aqui, só se pode reconhecer na celebração do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) um espaço para, além da concretude do ideal cooperativo do modelo experimentalista de reparação, a atuação da racionalidade comunicativa.

Logo, a proposta de procedimentalização do Termo de Ajustamento de Conduta, isto é, analisa-lo dentro da teoria do discurso de Habermas, não só se mostra um meio hábil a desjudicializar demandas e, ao mesmo tempo, assegurar a efetividade processual (COSTA, MACHADO, 2020, p. 50), mas também contribui com a qualidade da jurisdição nos litígios coletivos, permitindo maior legitimidade na decisão, tendo em vista que seguiria aqueles moldes do discurso de Habermas dos agentes como destinatários da norma produzida ali.

## **5 CONTORNOS DISCURSIVOS PARA O TAC: ESTUDO DO CASO SAMARCO (2015) NO MUNICÍPIO DE MARIANA (MG)**

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

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

ali tutelados.

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

Todo o exposto aqui é para concretizar um novo ideal de processo coletivo, em que tais recursos, como as audiências públicas, *amicus curiae* e os TACs permitam a efetivação da legitimidade democrática da atividade jurisdicional, pela existência de um espaço procedimental argumentativo vocacionado à garantia de participação de todos os interessados na reconstrução discursiva das questões fáticas, reconstruídas a partir do contraditório (MENEZES, 2015, p. 59-60)

No intuito de uma aplicação prática do fundamento brevemente exposto aqui, convém tratar do caso “Samarco”, um desastre ambiental ocorrido no município de Mariana (MG) no ano de 2015. Ocorreu à época o rompimento da barragem de rejeitos de minério de ferro conhecida como Fundão, pertencente à empresa Samarco Mineração S.A. (“Samarco”), provocando a liberação de aproximadamente 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração no vale do Rio Doce, atravessando o território de 39 municípios até atingir o oceano Atlântico. O maior desastre ambiental do Brasil, além de provocar a morte de 19 pessoas, destruiu o patrimônio arquitetônico e histórico de diversas comunidades locais, interrompeu o abastecimento de água de inúmeras cidades, atingiu comunidades indígenas e causou danos ambientais na Bacia do Rio Doce que afetarão diversas gerações.

De maneira breve, em março de 2016, um acordo foi celebrado entre diversas entidades governamentais e a Samarco Mineração S.A., a Vale S.A. e a BHP Billinton Brasil LTDA., empresas controladoras da Samarco, no formato de um TAC, apesar de serem 2, me verdade, com o objetivo de estabelecer medidas de curto, médio e longo prazo de reparação, compensação e remediação dos danos ambientais e socioeconômicos provocados pelo desastre, além de dar fim a duas das Ações Civas Públicas que as referidas empresas eram rés.

O acordo foi assinado em 2 de março de 2016 e homologado em 05 de maio seguinte pela Justiça Federal estabelecendo 14 programas socioeconômicos e 11

programas socioambientais a serem executados ao longo de 15 anos pelas partes signatárias do acordo. Ele é composto por um TAC chamado de Termo de Ajustamento Preliminar, apelidado de TAP, que foi aditado quando a homologação judicial, e outro Termo de Ajustamento de Conduta apelidado de TAC Governança.

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

O que já é possível destacar daqui é que essas medidas não têm permitido a plena participação dos afetados, eis que litígios de interesse público dessa magnitude apresentam uma polifonia de atingidos que dificilmente conseguem ver seus interesses apresentados pelo legitimado ativo, o que importa uma nova postura pelos envolvidos, inclusive quanto a técnica das medidas estruturantes, a partir de uma abordagem participativa (ARAÚJO, BAHIA, NUNES, 2020, p. 305).

Num caso como este, de uma dimensão transindividual gigantesca, de fato, somente o engajamento de todos na gestão dos recursos naturais e do potencial ecológico do planeta é que garantirá um projeto civilizatório mais promissor para o futuro da humanidade. A construção de uma norma enquanto solução para o conflito em matéria ambiental imprescindível, por essência, da efetiva participação da coletividade, especialmente considerando as suas necessárias imbricações dos fatores econômicos, políticos e sociais. A interação destes fatores potencializa o interesse da população na construção das decisões quer seja no plano legislativo, administrativo ou judicial (BODNAR, STAFFEN, UVOBODNAR, 2019, p. 221).

Em litígios de interesse público decorrentes de dano ambiental, como o relacionado ao outro caso de desastre ambiental por barragem de mineração no município de Brumadinho (MG) em 2019, a proposição de termos de ajustamento de conduta é indubitavelmente uma melhor forma de solução do que uma sentença judicial, ainda que fixe a mesma obrigação de fazer que seria estipulada no TAC, mas é preferível, como demonstrado, que essa obrigação seja fruto de uma deliberação discursiva dentro do processo, para legitimá-la da melhor forma possível. Ocorre que a experiência brasileira

com TACs mostra que eles não têm conduzido a verdadeira participação dos afetados e este fato não tem sido levado em consideração pelos magistrados que homologam os acordos.

Na prática, o que ocorre é a mera fixação de medidas que serão seguidas por todos os afetados, o que não se coaduna com a visão de processo democrático a que se deve existir em qualquer procedimento ligado aos direitos transindividuais. Daí a demanda de implementação pelos tribunais envolvidos de plataformas que “permitiriam a todos os atingidos acompanharem e participarem efetivamente dos rumos empreendidos permitiria uma abordagem policêntrica e participativa” (ARAÚJO, BAHIA, NUNES, 2020, p. 318). Nessa esteira, o CPC/15, que também integra o microsistema processual coletivo, em decorrência arts. 139, IV, 190 e 805, possibilita, além da negociação do próprio procedimento com instrumentos que viabilizem a monitoração da performance das partes, utilizando-se da fiscalização, tanto por parte do juiz como pela atuação de outros colaboradores, a aplicação de medidas planejamentos executivos estruturantes, de modo que permita as partes envolvidas, mediante a promoção de diálogos interinstitucionais, com os grupos atingidos e em participação, estabelecer as medidas que sejam capazes de promover as reformas estruturais necessárias, havendo, dessa forma, efetivo diálogo com debate dinâmico e dialógico entre as partes para a melhor construção da decisão (ARAÚJO, BAHIA, NUNES, 2020, p. 318).

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

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Torna-se, de antemão, bastante apropriado para a Ciência do Direito Processual o estudo do processo coletivo dentro do contexto de um Estado Democrático de Direito, pois ampliar os espaços de participação dos sujeitos no processo se mostra um mecanismo bastante democrático, ora no controle da atuação jurisdicional, ora no reconhecimento da normatividade/vinculação da decisão final. Ora, com a crescente judicialização dos conflitos sociais, estudos sobre métodos que otimizem a eficácia das decisões, promovendo a solução de um conflito que atinge grande parte da sociedade

num único processo, representam, além da garantia do acesso à justiça, um mecanismo de economia processual.

Ademais, estudos sobre o Direito sob um viés procedimentalista, em especial o de Jürgen Habermas, contribui com a ampliação do espaço de concretização de direitos, superando os moldes de aplicação meramente subsuntivos e silogísticos, criando um espaço, essencialmente discursivo na visão habermasiana, de deliberação sobre a norma jurídica que se propõe a ser a melhor solução para o caso.

Por conseguinte, a implementação de audiências públicas, a intervenção do *amicus curiae* e a adoção de TACs, se apresentam como esse catalisador, otimizando o resultado do processo coletivo no tocante ao programa de reparação do dano e solução do conflito, vendo neles etapas, estruturas deliberativas propriamente ditas, de um processo coletivo enquanto procedimento discursivo. A procedimentalização do termo de ajustamento de conduta, em especial, é um meio hábil a consolidar o consenso defendido por Habermas, desjudicializando demandas insistentes e, ao mesmo tempo, assegurando efetividade processual e garantindo maior legitimidade à norma criada ali.

Destarte, em contributo à sociedade, estudar o processo coletivo pela via deliberativa à luz de Habermas contribui com para afirma-lo enquanto uma verdadeira garantia democrática de autonomia política dentro da efetivação de direitos. Nesse modelo de processo, se faz imprescindível uma verdadeira participação daqueles que estarão sujeitos à coisa julgada e também aqueles que podem cooperar para o julgamento do modo mais propínquo possível do ordenamento jurídico-constitucional. Trata-se de um autêntico colaborador para a legitimidade decisória, pressuposto indissociável do processualismo constitucional democrático. Consoante a necessidade de tais mudanças estruturais do Processo, defende-se o processo coletivo como um intermediador constitucional-democrático na execução dos direitos fundamentais, em especial os transindividuais, aqueles chamados de “3ª geração”, podendo, a partir do processo coletivo enquanto um procedimento discursivo, realizar melhores e mais condizentes propostas de satisfação dos interesses coletivos permeados no processo.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Bernardo Leite. Moral, direito e política. Sobre a teoria do discurso de Habermas. In: **Filosofia Política Contemporânea**. Petrópolis: Vozes, v. 1, p. 214-235, 2003.

ARAÚJO, Jéssica Helena Braga; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes;

NUNES, Dierle. A aplicação compartilhada de medidas estruturantes nos processos coletivos de Mariana e Brumadinho. In: COSTA, Fabrício Veiga. GOMES, Magno Federici. NUNES, Dierle (org.). **Processo Coletivo, Desenvolvimento Sustentável e Tutela Diferenciada dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2020.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos Estruturais no Direito Brasileiro: Reflexões a Partir do Caso da ACP do Carvão. **Revista de Processo Comparado**, v. 2, dez., 2015. Disponível em: <<http://revistadeprocessocomparado.com.br/wp-content/uploads/2016/01/ARENHART-Sergio-Artigo-Deciso-es-estruturais.pdf>>. Acesso em: 19/09/2020

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

AYALA, Patryck; LEITE, José Rubens Morato. Transdisciplinariedade e a proteção jurídico- ambiental em sociedades do risco: direito, ciência e participação. In: BELLO, Ney de Barros Filho; LEITE, José Rubens Morato. **Direito ambiental contemporâneo**. São Paulo: Manole, 2004.

BINENBOJM, Gustavo. A Dimensão do *Amicus Curiae* no Processo Constitucional Brasileiro: requisitos, poderes processuais e aplicabilidade no âmbito estadual. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 1, janeiro, 2004. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/publication/266499379\\_A\\_dimensao\\_do\\_amicus\\_curiae\\_no\\_processo\\_constitucional\\_brasileiro\\_requisitos\\_poderes\\_processuais\\_e\\_aplicabilidade\\_noambito\\_estadual](https://www.researchgate.net/publication/266499379_A_dimensao_do_amicus_curiae_no_processo_constitucional_brasileiro_requisitos_poderes_processuais_e_aplicabilidade_noambito_estadual)>. Acesso em: 24/09/2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Brasília, DF: Senado, 1990.

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

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

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

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade**, vol. 1. 4ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição**: Contribuição para a Interpretação Pluralista e 'Procedimental' da Constituição. Trad.: Gilmar Ferreira Mendes. Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto Alegre: 1997.

MENEZES, Rafael Filipe Fonseca. **O Amicus Curiae no processualismo constitucional democrático**. 2015. 252p. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015.

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

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

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

VITORELLI, Edilson. Levando os Conceitos a Sério: Processo Estrutural, Processo Coletivo, Processo Estratégico e suas Diferenças. **Revista de Processo**, vol. 284, p. 333-369, out., 2018.

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