

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

**CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E
DEMOCRACIA I**

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

JÂNIO PEREIRA DA CUNHA

GEYSON JOSÉ GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Geyson José Gonçalves da Silva; Jânio Pereira da Cunha. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-842-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Teoria constitucional e democracia. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o XXX Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 15 a 17 de novembro de 2023, sob o tema geral “Acesso à justiça, solução de litígios e desenvolvimento”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio da Unichristus. Trata-se de mais um mega congresso do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde o processo legislativo, passando pela discussão envolvendo a adoção de algoritmos pelo Poder Judiciário e ativismo judicial. Controle de constitucionalidade, constitucionalismo latinoamericano, sistemas de governo, efeito backlash, dentre outros temas, se destacaram nas discussões do grupo.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Geyson José Gonçalves da Silva

Jânio Pereira da Cunha

PROCESSO, CIVILIZAÇÃO E DEMOCRACIA: UMA REFLEXÃO.

PROCESS, CIVILIZATIONS AND DEMOCRACY: A REFLECTION.

Francisco Bertino Bezerra de Carvalho ¹

Resumo

A partir da ideia de estabelecer a estreita relação entre o devido processo, inclusive e especialmente o administrativo e a democracia tendo por pano de fundo o processo civilizatório do ocidente, apresenta-se, a partir das origens históricas do ocidente, o procedimento como instrumento de racionalização do poder, para, em seguida, estabelecer a correlação entre o processo, o Estado de Direito e o governo constitucional. Desenvolve-se ainda conexões atuais entre a estrutura e o funcionamento do Estado o processo e o grau de civilização e democracia de uma sociedade, trazendo a concepção de Martin Loughlin sobre o surgimento de um novo eforato e pensamentos de Sigmund Freud sobre o pulso de vida civilizatório (Eros) e de morte bárbaro (Tânatos). Justificou-se esse estudo pela importância e atualidade do tema, bem como pela escassez, no Brasil, de trabalhos acadêmicos no âmbito jurídico sobre o tema. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica com reflexão crítica. O percurso científico consistiu na coleta de informações a partir de textos doutrinários e pesquisas que foram articulados, servindo de embasamento teórico. Em conclusão, defendeu-se que o processo, especialmente o administrativo, é um dos mais importantes instrumentos da democracia, tem profunda correlação com a tradição cultural do ocidente, constitui, desde sua origem, um dos elementos fundantes do Estado Democrático de Direito essenciais no projeto civilizatório do ocidente.

Palavras-chave: Solidariedade social, Direito, Ação comunicativa, Fundamentalismo, Tolerância

Abstract/Resumen/Résumé

Based on the idea of establishing a close relationship between due process, including and especially administrative process, and democracy against the background of the Western civilizing process, it presents, from the historical origins of the West, the procedure as an instrument of rationalization of power, to then establish the correlation between the process, the Rule of Law and the constitutional government. Current connections are also developed between the structure and functioning of the State, the process and the degree of civilization and democracy of a society, bringing Martin Loughlin's conception of the emergence of a new ephorate and Sigmund Freud's thoughts on the pulse of life civilization (Eros) and barbaric death (Thanatos). This study was justified by the importance and timeliness of the subject, as well as the scarcity, in Brazil, of academic works in the legal field on the subject.

¹ Pós doutorando em Direito Econômico, Financeiro e Tributário pela USP, Doutor em Direito Público pela UFBA, Mestre em Direito Econômico pela UFBA, Professor da UFBA. Advogado. Procurador do Município.

The methodology used was bibliographical research with critical reflection. The scientific route consisted of collecting information from doctrinal texts and research that were articulated, serving as a theoretical basis. In conclusion, it was argued that the process, especially the administrative one, is one of the most important instruments of democracy, has a deep correlation with the cultural tradition of the West, constitutes, since its origin, one of the founding elements of the Democratic State of Law essential in the western civilizing project.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social solidarity, Law, Communicative action, Fundamentalism, Tolerance

Introdução. O processo, especialmente o administrativo, é um dos mais importantes instrumentos da democracia, tem profunda correlação com a tradição cultural do ocidente, constitui, desde sua origem, um dos elementos fundantes do Estado Democrático de Direito, porém sua importância e natureza nem sempre são adequadamente compreendidas no contexto do Direito contemporâneo. Esta lacuna sobre a atuação estatal, origem de déficits democráticos, é a questão que se deseja abordar. O objetivo é, a partir de uma reflexão sobre o surgimento nas sociedades ocidentais do processo como instrumento de racionalização do exercício do poder, apresentar o devido processo administrativo como mecanismo de efetivação do Estado Democrático de Direito.

Uma visão interdisciplinar reúne aspectos históricos e jurídicos incluindo: a origem do processo na Grécia e em Roma e seu papel como meio de submissão do poder à razão no ocidente; a correlação das espécies de processo com o Estado de Direito e o governo constitucional e; a importância do processo administrativo na estruturação em rede do Estado atual, no surgimento dos novos “eforatos” e na contenção do pulso de morte que ameaça a democracia e o processo civilizatório. Apresentar as raízes da precedimentalização do exercício do poder, sua correlação com os fundamentos da concepção democrática de matriz greco-romana e importância para a construção de um Estado Democrático de Direito.

1. Processo como racionalização do poder – uma breve retrospectiva. A ideia contemporânea de processo, especialmente judicial, encontra-se ainda muito influenciada pelo conceito associado à trilogia estrutural do processo (ação, jurisdição e processo). A ação estaria caracterizada como um direito subjetivo, autônomo e público, instrumento de acesso à Justiça, reconhecido por sua essencialidade na efetivação da garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV). A jurisdição vista como expressão de um Poder vinculado a uma das funções essenciais do Estado, ainda que atualmente prestada em concorrência com a arbitragem. Quanto ao processo, ordinariamente, ressalta-se mais seu caráter ritualístico, procedimental, a sequência de atos concatenados e convergentes com uma finalidade peculiar e própria, ainda quando visada a complexidade da relação jurídica processual.

No processo administrativo há uma tendência ainda maior, pelas mais diversas razões, notadamente no seio da própria Administração Pública, a ser caracterizado prioritariamente pela procedimentalização, pela hipervalorização da forma, por uma – falsa, mas enraizada – compreensão de que os atos e os processos possuem uma razão existencial em si próprios. O apego a formas e procedimentos imemoriais se transmuta em exigências, modelos, práticas, inexplicáveis, incompreensíveis e injustificáveis que a população classifica, em conjunto, como burocracia. É evidente a necessidade de a gestão da coisa pública, por seu objeto e natureza, ser

objeto de procedimentos uniformes de autuação, registro, fiscalização, controle. Os atos e decisões do Poder Público devem atender a vários critérios, entre os quais formalização, protocolo, justificação, verificação de competência, documentação, guarda e preservação. O particular adquire por impulso e não é obrigado sequer a guardar o recibo. O Estado adquire por um processo, efetua o pagamento por outro e tomba seu patrimônio por um terceiro.

O formalismo, quando excessivo, porém, contribui para uma cultura burocrática dos próprios agentes públicos, quando não deveria chegar ao ponto de suplantar a finalidade que anima qualquer ação pública. O processo é um formidável instrumento, mas não um fim em si mesmo, muito menos deve tornar-se um obstáculo ou um impedimento ao atingimento dos propósitos que justificam a existência do Estado e a normatização de procedimentos. A pretensão inicial, todavia, exatamente para desmistificar a importância deste caráter ritualístico, é iluminar outro aspecto menos analisado do processo, seu papel basilar na construção do conceito ocidental de democracia antes e além de sua substancialização. Percebendo para que existe o processo, melhor se pode utilizá-lo. É fato que, mais recentemente, tem sido tema frequente a defesa do direito processual substantivo, à luz da materialização do devido processo legal, realçando que as partes, e todos que do processo participam, possuem direitos substantivos que devem ser exercidos na relação processual, mas as perspectivas ainda ficam circunscritas a uma visão endoprocessual, apenas intrapartes, o que não é satisfatório para compreender o papel do processo na sociedade ocidental, como pilar da democracia desde os seus primórdios.

Para entender melhor a correlação do processo com a estrutura de nossa civilização, em especial com o Estado de Direito e com a democracia é necessário, porém, regredir no tempo. A democracia, como governo do povo, pelo povo e para o povo, na famosa síntese do discurso de Gettysburg, é prioritariamente associada à eleição dos governantes pelo voto da comunidade, mas a tradição histórica do modelo de sociedade herdada de gregos e romanos envolve muitos mais elementos igualmente essenciais, como Lincoln definiu no mesmo dia ao descrever os EUA como *“uma nação, concebida em liberdade, e dedicada à proposição de que todos os homens nascem iguais”*. De fato, a democracia (no aspecto mais conhecido da escolha de governantes pelos votantes) não era unanimidade, ou mesmo maioria entre clássicas as cidades-estados gregas e até em Atenas não foi constante. A organização social na Grécia era, porém, singular e diferenciada das culturas do entorno geográfico de então, mesmo do oriente próximo por um conjunto de elementos que, de um lado, reunia a monarquia espartana e a democracia ateniense e, do outro lado oposto, o império persa, não apenas nas batalhas históricas, mas na essência de cada visão de mundo.

Este sentido de democracia é algo maior, pois engloba uma forma de se exercer o governo e estruturar a sociedade nascida no sul dos balcãs e perpetuada no ocidente que não se concretiza apenas pela realização de eleições, como chama a atenção Niall Ferguson: *“Em vez disso, foi uma ideia o que levou à diferença crucial entre a América britânica e a ibérica - uma ideia sobre como as pessoas deveriam ser governadas. Algumas pessoas cometem o erro de chamar essa ideia de “democracia” e imaginar que todo país pode adotá-la simplesmente convocando eleições”* (FERGUSON, 2012, p. 128). O historiador complementa, em seguida, explicando que *“Na realidade, a democracia foi o cimo de um edifício cuja base era o Estado de direito - para ser preciso, a santidade, da liberdade individual e a segurança dos direitos de propriedade privada, garantidos por um governo constitucional e representativo”* (FERGUSON, 2012, p. 128).

Heródoto e tantos outros historiadores clássicos se referiam à ελευθερία (elefthería), a liberdade grega que os diferenciaria dos povos do oriente próximo. A complexidade deste conceito em sua matriz continha, como referiu-se Aristóteles, a ideia de autotutela, pertencer-se a si mesmo, em oposição a pertencer a outro, mas também uma “forma de ser” das pessoas e do Estado. O homem livre governaria a si próprio em uma comunidade de iguais (como resgataria Kant séculos depois), enquanto o homem súdito viveria curvado perante seu senhor.

Os registros da campanha de Xerxes relatam que não apenas condenou à morte os engenheiros que construíram a primeira ponte que pretendia evitar o contorno do Mar de Mármara (afundada em uma grande tempestade), como ordenou que açoitassem o próprio mar por lhe desobedecer na travessia do Helesponto. Nenhum persa estranhou, pois Xerxes era senhor absoluto do Grande Império Persa, seu território, suas riquezas e todos os *“seus”* homens... Era este abismo entre homens que a liberdade grega não admitia. Um grego daria a vida para defender seu rei, ou qualquer outro companheiro, para proteger sua cidade, seus compatriotas, ou a deliberação de sua comunidade, ainda que dela discordasse, mas o faria por vontade própria como um homem livre, senhor do próprio destino e comprometido com o destino de sua comunidade e com sua forma de viver e existir. Não se trata de retórica, os gregos deliberam por votação direta se iriam se submeter ao domínio persa ou lutar por sua independência, quem iria liderar as forças, quais seriam seus recursos e poderes e a vontade da maioria era respeitada e seguida mesmo por quem tivesse posição contrária.

A liberdade dos gregos, vivendo quase sempre adstritos às suas Cidades-Estados, não tinha a conotação atual de direito de ir e vir, ao contrário, traduzia-se em um direito de existir com autonomia e independência como ser autônomo, parte de uma comunidade independente. O conceito de individualidade de cidadãos que defenderam suas vidas, suas terras e suas

famílias ombreados em uma falange em desvantagem numérica inacreditável em Maratona, Termópilas e Salamina ou Plateia, também não tem equivalência o termo como é visto na atualidade. A liberdade grega, em certa medida, como dito, é a mesma resgatada por Immanuel Kant de seguir as regras criadas por si mesmo. A liberdade grega, no mundo atual, seria melhor traduzida, portanto, em todos os aspectos, inclusive o jurídico, por igualdade, pois em essência significava que, mesmo em funções distintas, todos os homens se relacionavam em semelhantes bases. A equivalência social, política e jurídica do princípio da igualdade perseguida hoje contém a mesma essência da liberdade grega. A ideia de que cada um deve ser respeitado em seus direitos existenciais de ser e viver conforme suas ideias, crenças e capacidades, sem ser submetido a uma posição de inferioridade, desvantagem ou submissão, muito menos existir em permanente desigualdade.

Advertira Hannah Arendt (2005, p. 193), que a filosofia antiga desconhecía a liberdade como fenômeno subjetivo vinculado à vontade, a exercia no plano prático existencial do espaço público, na vida política, na forma de prerrogativa do cidadão. Ser e viver segundo sua própria consciência e ser governado e liderado por um igual e não por alguma espécie de deus é o âmago de ser livre na concepção grega e isto hoje é representado pela igualdade, inclusive em sua dicção normativa do *caput* do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil, que poderia ser indicado como a prescrição normativa da liberdade grega, o que fica ainda mais evidenciado quando o enunciado é complementado pelo princípio fundamental do Estado de Direito: *“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”*, notadamente quando fracionado em suas dimensões pública e privada. Para o Estado a lei é propósito e limite, há a legalidade estrita, pois somente pode agir quando por ela autorizado. Para o indivíduo, que pode fazer tudo que a lei não proíbe, há o princípio da legalidade tem outra dimensão e é chamado de “legalidade liberdade”. Eis uma expressão que ratifica o antes dito. Não se trata de uma convergência subjetiva ou sutil, pois o âmago da concepção de um poder divino, como o dos reis persas ou faraós egípcios reside exatamente em não se submeter a qualquer outro poder, controle ou satisfação no plano terreno, muito menos aos membros das comunidades que governavam. A lei que liberta o cidadão e contém o Estado é o oposto disto.

A cultura grega conhecia o governo estruturado, acessível por hereditariedade, como a monarquia, e o governo por eleição, como na democracia, mas não colocava seus governantes em outro plano, muito menos os desobrigava literalmente a prestar contas à sociedade. Heróis, como Temístocles prestavam contas. Milcíades, triunfante na Segunda Guerra Médica, foi depois processado, julgado e considerado culpado. Dario I, Xerxes e Dario III jamais responderiam aos seus súditos nem mesmo por suas sucessivas e surpreendentes derrotas

perante as forças gregas em menor número. Os reis espartanos não governavam com déspotas, muito menos como deuses, dividiam suas atribuições com o eforato¹ que representavam e atuavam em nome da cidade. Nas Guerras Médicas, mais do que exércitos, chocaram-se distintas ideias de sociedade. A liberdade grega era algo que se realizava essencialmente nas relações interpessoais, incluindo aquelas entre homens e instituições, conhecia-se a hierarquia, mas não a submissão!

Desde os gregos, por outro enfoque, a liberdade também se atrelava a uma concepção de agir com responsabilidade, como pressuposto de toda ação eticamente consequente que, por isso, considerava as limitações que a restringem. O equivalente grego da liberdade de expressar opinião jamais, desde o nascedouro entre os povos que ofereciam suas próprias vidas em garantia de suas posições e das decisões tomadas na ágora, autorizou a mentira consciente, muito menos interessada e, por isso, dolosa. A disseminação de inverdades não é liberdade é a deliberada tentativa de a asfixiar e distorcer.

As decisões dos imperadores persas, faraós egípcios e outros governantes sentados em tronos erigidos sobre teocracias eram absolutas, inquestionáveis e, sobretudo, manifestações de uma vontade divina personificada. De suas bocas emanavam as palavras e a vontade de um deus, jamais poderiam se equiparar às bocas dos juízes de Montesquieu, limitadas a pronunciar a palavra da lei. Apesar de não ser a única opção no tempo e no espaço, a adoção pelos pensadores iluministas da retórica do resgate da grandeza do pensamento clássico tinha e tem seus méritos, em especial para combater a concepção teocêntrica de poder da Idade Média que atualmente ainda possui seus adeptos, mesmo quando se apresenta em uma versão repaginada. Com efeito, a atualidade conhece teocracias, como o Irã, que se diz uma República Teocrática Islâmica, é dirigido por um Líder Supremo, de mandato vitalício, comandante das Forças Armadas e poder acima do Executivo (pode destituir o Presidente), o Legislativo e o Judiciário (cujas principais autoridades nomeia). Há, porém, países que também se intitulam repúblicas, como a China e a Rússia, mas que as estruturas reais de poder apresentam características semelhantes, como concentração excessiva de atribuições, competências e autoridade, ausência de alternância no seu exercício, às vezes na prática vitalício e, acima de tudo, a diluição da separação entre Estado e religião, não necessariamente pela derrocada de uma concepção laica do Estado, mas pela disseminação de uma ideia de liderança personalista, messiânica,

¹ O eforato era um colegiado de éforos, líderes da antiga Esparta que compartilhavam do poder com os reis de Esparta. Cinco éforos eram eleitos anualmente, eles "juravam em nome da cidade", enquanto os reis juravam por si mesmos, não precisavam ajoelhar diante dos reis de Esparta e deviam fiscalizar em nome da sociedade, gozando de grande prestígio.

mitológica, em detrimento de uma liderança secular e racional. É sinal deste movimento que se espalha pelas democracias ocidentais, um contínuo e crescente processo de politização da religião e de contaminação da política por pautas e líderes espirituais cujo projeto declarado é levar a religião ao centro do poder político. Não por acaso projetos atuais de poder autoritário, fora do conjunto de Estados islâmicos, buscam se legitimar em pautas morais e religiosas, ignorando as regras do estado laico, como, por exemplo, fazem Tayyip Erdogan (Turquia), Viktor Orbán (Hungria). O Brasil não é exceção, conviveu e convive com a atuação política de bancadas religiosas, projetos políticos-religiosos de poder e com crescente politização da pauta moral e religiosa, especialmente como método de disputa de poder político.

A limitação ao despotismo não resultava apenas da submissão à lei, como norma de conduta previamente estabelecida, mas da manifestação da vontade do Estado estar também submetida a um procedimento, um filtro de racionalidade, tendo sido assim concebida na Grécia e absorvida por Roma:

Na república romana, obcecada por restrições ao poder individual, o *imperium* não era absoluto. [...] Com o tempo, os cidadãos romanos - ou algumas categorias deles - adquiriram o direito de não serem condenados à morte ou a castigos físicos. Os romanos não só exerciam o poder como também pensavam a respeito de seu significado, analisavam os conceitos que ele implicava e justificavam e transformavam seu uso. (BURBANK, COOPER, 2019, p. 49)

Já o Faraó no Egito não apenas dizia o que queria e transformava sua vontade em obrigação, o fazia quando e como desejava. No oriente distante não seria diferente, como, no clássico “A Arte da Guerra”, Sun Tzu demonstrou ao Imperador como obter disciplina até de “tropas” improvisadas de concubinas². Há um fosso intransponível entre o súdito e o cidadão. Os gregos inventaram a cidadania e os romanos a transformaram em alicerce de sua expansão imperial. A extensão da cidadania romana aos povos colonizados foi uma das bases da estratégia de estruturação do império romano, como assinalam Jane Burbank e Frederick Cooper.

Para governar fora da capital, os romanos desenvolveram estratégias que mais tarde integrariam os repertórios de outros construtores imperiais. Uma delas foi a ampliação da esfera dos direitos romanos. As cidades mais próximas na região da Itália foram simplesmente anexadas, os homens livres se tornaram cidadãos e as elites podiam passar a ser nobres romanos. A extensão da cidadania para além de Roma foi uma inovação com enormes consequências, mas, no início, as cidades e suas populações tinham direitos distintos até mesmo dentro do núcleo regional latino. (2019, p. 52)

Os gregos, e depois os romanos, também conheceram a concentração de poder nas mãos de poucos ou de um único homem, mas encontraram mecanismos de conter a tendência natural de abuso, entre eles, a alternância no poder, a divisão das funções e competências (muito antes de Montesquieu), a submissão do poder às leis (regras prévias) e a racionalização do

² Decapitou as concubinas preferidas do imperador e obteve obediência imediata (TZU, 2007, p.15).

exercício do poder por meio de normas procedimentais. Condicionar a potência do Estado a um procedimento é, antes de tudo, meio de evitar sua contaminação pelo impulso temperamental do governante, sua índole ou humor, como registram Jane Burbank e Frederick Cooper:

A lei fazia parte dessa civilização romana, enquanto modo de governança e instrumento de garantia da ordem social. [...] O que havia de romano nas leis romanas do período republicano – e que se tornou um poderoso precedente histórico - era a interpretação profissional, que operava dentro de um regime onde o modo de elaboração das leis era em si uma preocupação política legítima e constante. (2019, p. 61)

O processo, ao concatenar os atos e diferir a ação no tempo, afasta o inopino, abre espaço para a reflexão e para a razão. Foi a experiência humana a fonte do ensinamento segundo o qual seria este um método de coibir os excessos de poder, elidir as consequências dos atos impensados. A ideia de normas gerais regulatórias não são invenção ou exclusividade de gregos ou romanos, Hamurabi gravou em pedra sua codificação no séc. XVIII a.C., a diferença é o apelo racional da concepção da lei romana e a estabilidade que o sentimento de segurança por ela transmitido propiciava, flamulando como estandarte civilizatório empunhado pelas legiões conquistadoras.

Jane Burbank e Frederick Cooper registram as bases racionais do Direito em Roma lembrando que “*Romanos proeminentes argumentavam que o direito tinha sua base na razão e que, portanto, os humanos, por serem criaturas racionais, deveriam obedecer a ele e participar de seus processos*”, assim como o forte apelo do modelo romano de regulação tendo em vista que “*A lei tinha o potencial de se tornar universalmente válida*” (2019, p.61), motivo para cooptar adesão ao sistema há que “*Parte do que tornava a cidadania tão atraente para as elites imperiais era a segurança de estar sob o jugo das regras desenvolvidas do direito romano e de ser julgado por uma corte romana*” (2019, p.61). Estes dois historiadores apontam a força civilizatória do projeto expansionista dos conquistadores romanos “*Tanto uma sentença quanto uma missão, humanitas, significava "comportamento civilizado" e se expressava por meio do aprendizado e das relações com os outros, nos limites para o uso do poder e no objetivo de permitir que até mesmo os povos conquistados pudessem concretizar o seu potencial humano*” (2019, p. 62).

Muito antes de William I, o Conquistador, comprometer-se com o direito anterior, de seu antecessor, e da Carta Magna submeter João Sem Terra com a Lei da Terra, Platão, em “Apologia de Sócrates” descrevia um julgamento por pares, embora também registrava a irresignação do mestre contra a “condenação em um juízo capital em um dia” e criticava a desobediência às regras que exigiam a apresentação de provas para a condenação e asseguravam ao acusado o direito de defender-se adequadamente de imputações objetivas. De fato, um dos

mais importantes direitos inerentes à cidadania romana era somente ser condenado à morte por meio de um processo, razão do grande Cícero ter escapado de Roma para evitar as consequências da execução sumária de Lúcio Sérgio Catilina e de seus seguidores (BEARD, 2017, p. 38), assim como da tradição católica acerca do longo julgamento de Paulo de Tarso no reinado de Nero e do recebimento da “humanizada” pena de decapitação, quando Jesus e a maioria de seus discípulos morreu na cruz, morte cruel reservada apenas aos não romanos.

A extensão da cidadania romana pelo Imperador Caracala em 212 d.C. a todos os habitantes homens não escravos do Império Romano, indicada até como fato conclusivo da história da Roma Antiga (BEARD, 2017, p. 19), foi mais um passo na direção do que se tornou, pelo caminhar histórico, no futuro, em um dos pilares do Estado Democrático de Direito. A semente grega do governo da razão, da separação entre religião e Estado, da distinção entre lei divina e humana, do poder que é exercido em nome da coletividade e, por isso, lhe presta contas, da força moderada pelo procedimento para não ser impulso irascível, germinou também em Roma e, com a expansão de seu império, criou raízes em todo o ocidente, construindo o conceito de civilização no qual liberdade e paz, como adverte Niall Ferguson, são “*baseadas no Estado de Direito e no governo Constitucional*”, referindo-se ao discurso de Winston Churchill em 1938:

Significa uma sociedade baseada na opinião dos civis. Significa que a violência, o governo de guerreiros e líderes despóticos, as situações de campos de concentração e guerra, de baderna e tirania, dão lugar a parlamentos, onde são criadas as leis, e a cortes de justiça independentes, onde essas leis são mantidas durante longos períodos. (2012, p.129)

Segue o historiador com esquete no pronunciamento do famoso líder político do império britânico durante a 2ª Guerra:

Isso é Civilização - e em seu solo crescem continuamente a liberdade, o conforto e a cultura. Quando a Civilização reina em um país, uma vida mais ampla e menos penosa é concedida às massas. As tradições do passado são valorizadas e a herança deixada a nós por homens sábios ou valentes se torna um estado rico a ser desfrutado e usado por todos. (2012, p.129)

Ainda com base no discurso de Churchill, resume a essência da civilização na comunidade do *Common Law*: “*O princípio central de Civilização é a subordinação da classe dominante aos costumes do povo e à sua vontade, tal como expressos na Constituição*” (2012, p.129). No *Civil Law*, a estabilidade e a segurança da tradição são substituídas pela estabilidade e a segurança da Norma Fundamental escrita, mas o princípio é o mesmo.

Estas reflexões ajudam a compreender por que o Min. Luís Roberto Barroso, ao prefaciar a oportuna obra de José Roberto Castro Neves que propaga “A invenção do direito” pela literatura helênica, nos relembra que, além de todos nós ocidentais falarmos grego quando dizemos Democracia, Política, Matemática e Teatro (NEVES, 2021, p. 9), os helenos nos legaram

a revolucionária ideia da razão. Mais ainda, no mesmo prefácio o Min. Luís Barroso anota ser Atenas o berço do Direito Constitucional e do Direito Público, cita Horácio para reforçar “*A Grécia capturada conquistou seu feroz dominador e trouxe civilização ao rude Lácio*” (NEVES, 2021, p. 11) e a origem helênica da divisão de Estado e Religião, da separação entre lei divina e lei humana. A Hélade apresentou ao mundo as fundações sobre as quais foi construído o Império Romano, pois mesmo quando surgiram seus endeusados Imperadores, mantiveram-se enraizados na cultura latina os preceitos da cidadania, um dos mais eficazes instrumentos, talvez o derradeiro, de consolidação da expansão do império foi a concessão da cidadania romana aos povos conquistados, incorporando-os sob o manto escarlate do Senado, com suas prerrogativas, entre as quais a de não ser executado sem um processo.

Esta ambientação no cenário da estrutura social grega é necessária por sua utilidade ao entendimento do papel do processo como instrumento de racionalização do exercício do poder na “tradição” histórica das organizações sociais ocidentais contemporâneas, construídas ou impostas. Com efeito, o modelo greco-romano não é o único existente no mundo, seja no espaço geográfico do planeta, seja no curso temporal da história, capaz de representar uma conexão mais direta (democrática) entre o poder político e a sociedade, nem, patriarcal e escravista, o melhor exemplo histórico de equidade material dentro da comunidade. Entre as populações colonizadas por europeus na África e no “Novo Mundo”, por exemplo, existiam e existem várias formas de organização social capazes de empunhar, talvez até melhor, as bandeiras da igualdade, da harmonia e da cooperação, inclusive com meios muito menos agonísticos de solução de seus conflitos como os concursos de tambores entre os esquimós³ e as batalhas de poesia (*slams*) na periferia das grandes cidades. Sobre os concursos de tambores esquimós é preciso entender seu alcance e função social:

É aqui da maior importância o fato de, entre as tribos que as praticam, estas competições desempenharem o papel de decisões jurídicas. Não existe qualquer forma de jurisdição além dos concursos de tambor. Estes são os únicos meios de resolver as dissensões, e não existe qualquer outra maneira de influenciar a opinião pública. Mesmo os assassinos são denunciados desta curiosa maneira (HUIZINGA, 2008, pp. 97/98)

A colonização europeia, porém, especialmente após o iluminismo (re)construiu e impôs sua herança cultural, de forma que, mesmo nem sempre sendo fruto de uma construção histórica legítima e própria de muitas nações, é ainda válida a referência aos institutos políticos

³ É aqui da maior importância o fato de, entre as tribos que as praticam, estas competições desempenharem o papel de decisões jurídicas. Não existe qualquer forma de jurisdição além dos concursos de tambor. Estes são os únicos meios de resolver as dissensões, e não existe qualquer outra maneira de influenciar a opinião pública. Mesmo os assassinos são denunciados desta curiosa maneira (HUIZINGA, Johan. **Homo ludens: o jogo como elemento da cultura**. São Paulo: Perspectiva, 2008, pp. 97/98)

e jurídicos presentes no cerne da proposta civilizatória dos tempos atuais. Daí ser necessário, ou ao menos justificável, o ancoramento histórico proposto.

2. Processo, Estado de Direito e governo constitucional. A aclamada liberdade grega tem no princípio da igualdade sua melhor tradução contemporânea. E esta igualdade medida pela régua da lei, tendo o conceito de homem livre (*eleúteros*) passado a significar com o desenvolvimento social e político das Cidades Estado gregas, o status do cidadão pertencente a uma *polis* e submetido apenas as suas leis. O domínio da lei na cidade criava para o cidadão um espaço de segurança para o desenvolvimento cooperativo das relações sociais, livres do estado de natureza.

A força de contenção da lei, porém, não é eficaz sem a subordinação dos atos de governo ou império ao procedimento, meio de aplacar a ira do momento, controlar o uso da força, submeter o impulso do governante ao tempero do tempo e ao tempo da razão. Era preciso um mergulho na fonte greco-romana das estruturas fundantes das concepções vigentes, conhecer a história ancestral daquilo que hoje é chamado de Estado Democrático de Direito para dimensionar corretamente a importância do processo, muito mais do que apenas procedimento ou relação jurídica processual.

O processo é, desde a origem, uma garantia do cidadão contra o arbítrio e o abuso de poder, uma dos mais eficientes freios e contrapesos do sistema, pois é aquele disponível para o cidadão. Com efeito, muita importância se dá, com justiça, ao papel do sistema de freios e contrapesos na separação dos poderes, mas este se ocupa com a elisão da concentração dos poderes dos governantes. Para o estabelecimento da democracia, cuja premissa é a liberdade/igualdade, porém, é ainda mais relevante assegurar aos cidadãos meios de contrabalançar o poder para que não seja utilizado para oprimir a população ou destituir-lhe de seus direitos, inclusive políticos.

A eleição periódica é um destes mecanismos, mas seu interstício expõe os cidadãos ao risco de abusos e excessos do Executivo, do Legislativo e, em alguns casos, judiciário⁴ por demasiado tempo. Por si só, o direito de voto em sufrágio universal não protege integralmente a população daqueles escolhidos para deter o poder em nome da coletividade, é preciso mais. Este é o papel do processo, em suas variadas modalidades.

O processo judicial controla, inclusive como critério de legitimação, a atuação do Poder Judiciário, cujo déficit de legitimidade democrática, nos países adeptos do *Civil Law*, nos quais o acesso à magistratura é majoritariamente feito por concursos públicos, como no caso

⁴ Em alguns países, em especial adeptos do *Common Law*, há eleições para cargos do Poder Judiciário, como juízes e Promotores. As eleições periódicas também servem como controle popular do exercício do poder estatal.

do Brasil, é suprido pelo atendimento ao binômio procedimento e fundamentação, quando não se pretende acrescentar outros requisitos, como o diálogo qualificado pela ação comunicativa, como já sugerido:

Esta democratização pode ocorrer de várias maneiras, mas basicamente podem ser reunidas em três grupos: a abertura da produção judicial do direito para a participação direta da sociedade; a cooperação interdisciplinar na produção da norma individual, e; a elevação do nível de comunicação institucional do Poder Judiciário com a comunidade (CARVALHO, 2021, p. 551).

Adiante argumenta-se que o processo pode contemplar a “*participação da sociedade na produção do direito*” pela “*abertura das portas do Poder Judiciário para ouvir as opiniões*” por meio de “*audiências públicas*” como ocorre “*na disciplina da formação e alteração de precedentes (art. 927, §2º) do incidente de resolução de demandas repetitivas (983, §1ª) e do julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos (art.1.038, II)*” (CARVALHO, 2021, p. 552) ou pela “*delegação propriamente de poder decisório*” como no Tribunal do Juri.

A substancialização do processo também é reflexo desta visão no sentido de o Direito Processual estabelecer para o Judiciário poderes/deveres cuja observância constituem condição de legitimidade e de validade de sua atuação na prestação jurisdicional e, na mesma medida, prever para os jurisdicionados direitos e garantias destinadas a legitimar a interferência do Estado em sua esfera de direitos e interesses. Desta forma não basta ao magistrado entregar a norma jurídica individual disciplinadora da solução no caso concreto, é preciso extrair tal decisão de um processo capaz de validar o exercício do poder jurisdicional, legitimado pelo procedimental e materialmente ao menos pelo devido processo legal e pela fundamentação. Além disso, como visto acima, mesmo antes do CPC de 2015, doutrinadores já chamavam a atenção a questão da criação judicial do direito e já se procuravam outros meios complementares de encontrar legitimação democrática para a atuação judicial do Estado na solução de conflitos jurídicos, situação mais relevante com a ampliação da competência para a edição de normas gerais pelo novel regramento do instituto do precedente. A necessidade de estabelecer o diálogo proposto pela doutrina acima não passou despercebida pelo novo CPC.

O CPC/15 absorve estas diretrizes, não apenas por meio da normatização do princípio da cooperação (art. 6º), do princípio da não surpresa (art. 10) e da intervenção do *amicus curiae* (art.138), como na abertura para a participação dos interessados nos processos relativos à jurisdição vocacionada a produzir efeitos para além dos limites subjetivos da coisa julgada (CARVALHO, 2021, p. 551). O argumento é sustentado com exemplos extraídos de normas concretas do CPC em vigor na disciplina da formação e alteração de precedentes (art. 927, 529),

do incidente de arguição de inconstitucionalidade (art. 950, §§ 2º e 3º), do incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 979, 982, §3º, e seu § 1º), da reclamação (art. 990) e do julgamento de recursos extraordinários e especiais repetitivos (1.038, I e II) (CARVALHO, 2021, pp. 551/552).

A atuação do Poder Legislativo também é submetida a procedimento como meio de legitimação da criação de normas gerais pelos mandatários do povo. O processo legislativo é mais do que procedimento, contém regras e princípios vinculados também à tutela material da democracia. A definição de quórum qualificado é um meio reconhecido de estipular filtros democráticos à produção legislativa, assim como a reserva de matéria, como faz o Brasil com as cláusulas pétreas.

A democracia, todavia, não pode ser protegida apenas com normas de competência funcional e material, a própria regulamentação procedimental da tramitação de projetos de lei também contribui para a atuação de um sistema de freios e contrapesos, cuja inobservância viola o devido processo legislativo, compromete sua sustentação constitucional e sujeita-se a controle pelo STF. Por exemplo, como advertiu Paulo Modesto, em análise específica da PEC 15/2022 *“Viola o devido processo [...] suprimindo a instância da Comissão de Constituição e Justiça e prazos essenciais para o debate, e, no Senado, desconsiderando o interstício que deve marcar os dois turnos de discussão e aprovação”* (MODESTO, 2022) que classifica como exemplo de constitucionalismo abusivo, valendo-se da expressão cunhada por David Landau em 2013 para referir ao *“uso dos mecanismos de reforma constitucional para erodir a ordem democrática”* ou, noutra dizer, *“o uso dos mecanismos de mudança constitucional a fim de tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes”*, explicando, na sequência, que constitucionalismo abusivo é *conceito de síntese*: empregado, segundo Landau, para aludir à introdução de mudanças normativas sutis, progressivas, voltadas a criar obstáculos para a alternância no poder, para inibição da atuação dos Tribunais e outros órgãos de controle, para centralizar e prolongar o maior tempo possível a direção do Poder Executivo enquanto são mantidas as aparências de regularidade constitucional e da democracia formal (MODESTO, 2022), inclusive por meio de reformar constitucionais inconstitucionais como adverte Paulo Modesto *“pode ser empregado para fundamentar a censura judicial a emendas constitucionais em face de graves riscos à democracia e à segurança do direito, sem com isso converter ou rotular qualquer conteúdo específico da Constituição como cláusula pétrea”* (2022) que deveriam ser ordinariamente ser contidas e rechaçadas pelo próprio legislativo para evitar autocracias eleitorais (2022), ou, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário quando executivo e legislativo se comportarem como *“poderes selvagens”* (Luigi Ferrajoli), desvalorizando a

"dimensão constitucional da democracia" (2022)", como seria o caso de propostas de emenda constitucional ofensiva ao princípio da anterioridade (CF, art. 16), verdadeira garantia individual do cidadão eleitor (ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello) oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado (ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie).

Com o Poder Executivo não é diferente, também necessita legitimar sua atuação pela via do processo (administrativo), instrumento hábil de formação da vontade válida e eficaz do Estado gerenciador, e, portanto, de legitimação das ações de governo, mesmo no exercício de suas competências ditas discricionárias. Em países com baixa densidade institucional, como infelizmente ainda é o caso do Brasil, muitas vezes se dilui o sentido do interesse coletivo no exercício das competências legais, de forma a causar a falsa impressão de serem os atos de governo, atos simples de vontade dos governantes, quando, na verdade, os atos de governo são, por natureza, atos complexos, procedimentalizados e legitimados pelo processo administrativo.

A vontade do Estado nos atos de governo é (deve ser) a vontade pública, não apenas amplamente comunicada em atendimento ao princípio da publicidade, mas também aquela comprometida com a finalidade, como leciona José Cretella Jr. ao afirmar que qualquer (sic): *“que seja a tendência pessoal do agente público, a vontade humana é abrangida e superada pela idéia de finalidade, motora única do interesse público”* (1995, p. 51). Segue esclarecendo que, no *“direito privado, predomina a vontade; no direito administrativo, prevalece a idéia de finalidade. Mesmo a contratar com os particulares, a Administração tem de agir por interesse público, ficando a vontade do agente superada pelo fim, o qual vincula o administrador”* (1995, p. 51), vinculando diretamente o interesse público à finalidade: *“Todo e qualquer sentimento, positivo ou negativo, deve estar ausente do ato ou do contrato administrativo, cuja força matriz é o interesse público. Do contrário, teremos o desvio de poder ou desvio de finalidade”* (1995, p. 51) e diferenciando o direito civil do administrativo *“Diferença fundamental entre o direito civil, em que age o dominus, e o direito administrativo, em que age o administrador, reside na vontade que inspira os atos do primeiro, e a finalidade: que informa a conduta do segundo, editando atos ou celebrando contratos”* (1995, p. 51).

A vontade do Estado, porém, há também de ser publicizada pela participação, nos limites de suas respectivas competências, de diversos órgãos e entes públicos em um processo concatenado de atos isolados e independentes que tornam quase qualquer decisão administrativa exemplo de ato complexo na classificação de José Cretella Jr., ancorada na distinção entre atos coletivos e complexos fundada em Saint Romano e Arturo Lentini (sic)

“Na mesma ordem de idéias está Arturo Rispoli, que salienta não dever a manifestação final ser fusão das declarações singulares, mas a união de diversos processos volitivos,

como, por exemplo, a deliberação de diversas (Comunas para a formação de um consórcio (*Istituzioni*, 1929, p. 308).

Estabelecendo a diferença entre *atos coletivos* e *atos complexos*, esclarece Saint Romano que os primeiros "são aqueles nos quais várias manifestações não se fundem e nem se unificam, como nos *atos complexos*, mas apenas se *unem*, embora permanecendo *distintas*, não em vista de interesse ou escopo único, mas em vista de muitos interesse ou finalidades iguais e paralelas e, por consequência, sem se voltar uma para outra, isto é, não criando, entre si, vínculo contratual" (*Corso*, 1937, p. 232). Seguindo a mesma orientação, define Lentini os atos coletivos como "aqueles em que várias vontades não se fundem ou se unificam, mas se unem apenas, embora permanecendo distintas, não para conseguir interesse único ou finalidade ímpar mas vários interesses e finalidades iguais e, assim, sem criar vínculo bilateral (*Istituzioni*, 1939, p. 187)" (CRETILLA JR., 1995, p. 137).

O processo, como visto, racionaliza o exercício do poder, compartilha, pela distribuição de competências, as atribuições e responsabilidades, repartindo e dissolvendo entre diversos atores a capacidade de praticar atos impositivos. Ao regular a prática de atos da Administração, impõe garantias à liberdade e à paz internas almejadas pela civilização ocidental com base no Estado de Direito e no Governo Constitucional.

3. Estado, processo, civilização e democracia. O Estado atual apresenta-se em novas formas, nas quais o processo traduz o grau de civilização das sociedades e de densidade da democracia.

3.1 Estado em rede, novo eforato e processo como diálogo institucionalizado. Importante premissa que se pretende estabelecer é a de que a marca distintiva das sociedades humanas é o alcance da sinergia entre seus membros. Não somos a única espécie que coopera, mas, sem qualquer nível de comparação, somos aquela que mais longe chegou nos resultados de suas ações coletivas. Como indivíduos não somos capazes de realizar quase nada extraordinário, mas coletivamente não parecemos conhecer limites na terra ou fora dela, seja para construir, seja para destruir. Para cooperar precisamos nos comunicar, nos entender e nos reunir em torno de objetivos comuns, sejam de interesse geral, sejam de interesse de grupo ou particular. O diálogo é o instrumento maior da cooperação sobre a qual se sustenta todo o processo histórico de emancipação do homem do estado de natureza, incrementado após a revolução cognitiva que permitiu à história e suas narrativas, substituir a biologia no percurso do *Homo Sapiens* (HARARI, 2016, p. 46).

O processo, como visto, é a instrumentalização do entendimento, particularmente útil e adequado para a comunicação institucional, principalmente aquela que deve realizar a defesa e a promoção dos interesses comunitários, como ocorre com a ação estatal. A cooperação exige diálogo, não qualquer um, mas um diálogo humano (sem inspiração mítica), ancorado na revolução cognitiva, na extraordinária capacidade dos *Homo sapiens* de construir signos e significados comuns, voltados à verdade humana. A qualificação necessária para o debate construtivo não tem origem na apenas excelência dos argumentos nem na consistência da

posição sustentada, mas, acima de tudo, na disposição para dialogar, na capacidade de escutar, aproximar e fazer esforços efetivos em direção à busca do entendimento possível. O processo fornece um ambiente propício ao diálogo institucional notadamente aquele interno a ser realizado no Estado para orientar suas ações e concretizar seus fins.

A concepção de Habermas para a legitimação democrática pela ação comunicativa teve por objeto a atuação do Poder Legislativo na construção de normas de consenso em sociedades plurais. À primeira vista é possível argumentar, como faz o próprio autor, que não seria adequada o uso do agir comunicativo para a concretização das normas pelo Executivo. O exame de perto, todavia, revela que a atuação do Poder Executivo também é propícia ao diálogo, desde a concepção de políticas públicas, até sua implementação, notadamente em face da estruturação adotada pelos Estados atualmente.

O processo (judicial, legislativo ou administrativo) é um espaço de contenção da ação (poder) estatal, enquanto submissão da vontade individual do agente público a um procedimento e, ao mesmo tempo, é um espaço concebido para a promoção do diálogo qualificado, presentes interesses conflitantes ou não. O processo é um ambiente no qual a ação comunicativa de Jürgen Habermas pode ser desenvolvida, não obstante seja também capaz de se desenrolar sob inspiração de ações estratégicas, notadamente quando meio de solução de controvérsias entre adversários. Porém, se no âmbito do Poder Judiciário, a cultura do litígio e a presença de interesses antagônicos dificultaria (não chegando a impedir) a utilização recorrente da ação comunicativa, na esfera do Poder Executivo, limitado pela legalidade estrita e norteado pela finalidade como emanção de sua vontade, o agir comunicativo oferta toda a condição de estabelecer as interrelações entre os atores.

O atendimento da legalidade estrita não elimina a discricionariedade do Poder Público, nem o exime de buscar soluções eficientes (princípio da eficiência, art. 37, CF) o que significa a necessidade de analisar alternativas, conceber e implementar soluções, em grande medida complexas a desafiar interações sofisticadas contendo elementos técnicos e políticos. O crescimento exponencial do aparato estatal necessário para atender ao aumento das demandas por ações e serviços públicos e à realidade de um mundo e de uma sociedade complexa tem gerado uma diferente estruturação, identificada como uma rede, como sugere Martin Loughlin (2010, p. 448). De fato, ao tratar da evolução do direito público, após referir-se ao desenvolvimento do direito administrativo menciona “*The growth of the administrative powers of government has been accompanied by the emergence of a new legal categorization, that of administrative law.*” (LOUGHLIN, 2010, p. 435), relacionando-o com a separação de poderes (p. 445), contextualizado na crescente complexidade do Estado moderno (p. 447), Loughlin, inquire

sobre o surgimento de uma nova arquitetura do direito público construída à margem da legitimação democrática com implicações sobre a estruturação do Estado e que vem sendo designada como novo eforato:

The traditional hierarchical arrangement, in which central departments headed by ministers operate at the apex of the system, is being replaced by more differentiated arrangements comprising elaborate policy and service networks in which a great number of public bodies operate at some remove from electorally authorized sources of authority. [...] This point, together with a growing recognition that these bodies now form a new branch of government, presents significant conceptual challenges. The branch that is coming into existence forms what might be called a new ephorate. (2010, p. 448)

Este novo eforato que não recebe poderes do povo – diferentemente do espartano, que era eleito –, tem alterado, segundo Loughlin, o equilíbrio da distribuição de poder de regulação da vida social especialmente em questões de distribuição de riscos e de direitos por equidade e justiça (p. 450), ou seja, passou a dividir com os governantes legitimados pela escolha democrática o espaço das decisões que afetam a sociedade, notadamente nestes assuntos, sem que se avalie implicações sobre o déficit de legitimidade. Segundo o autor, um ponto que militaria em favor deste novo eforato seria o argumento de que a complexidade técnica e os interesses da sociedade recomendariam, para objetivação de razões práticas, o afastamento ou a independência do poder político em prol da capacitação técnica (p. 451). A evocação da instituição espartana, portanto, advém exatamente da independência – não da subordinação – destes agentes em relação ao poder político, compreendida por seus defensores como positiva na ocupação de posições-chaves na definição de relevantes políticas públicas (defende-se, por exemplo, tal autonomia como uma vantagem para o Banco Central, agências reguladoras ou de fiscalização, bancos de investimento etc.).

Martin Loughlin, ao apresentar uma nova visão de separação dos poderes, não obstante discorde dela, reconhece a existência de uma visão crítica que atribui aos novos eforatos um déficit democrático que ameaçaria a solução clássica da divisão das funções (p. 453), ainda que, em sua opinião, a reforce (p. 453). Neste sentido, sustenta que a autoridade destes novos eforatos deveria derivar de seu próprio *modus operandi* e de sua impotência (p. 454), não da autoridade dos poderes constituídos, o que classifica, valendo-se das lições de Frank Vibert (2007, p. 15), como implausível na prática e equivocado na teoria. Neste ponto Loughlin faz interessante analogia da legitimação deste novo eforato com a legitimação do Poder Judiciário, afirmando que ambos, destituídos de poder real de origem democrática, retiram suas respectivas autoridades a integridade de seus procedimentos, valendo-se das antigas, mas atuais, lições de Alexander Hamilton, um dos pais do federalismo norte-americano (1788), reforçando que quem não detém poder próprio por acesso ao cofre, à força institucionalizada ou ao poder

regulamentar normatizador, busca sua legitimação no reconhecimento da correção de sua atuação: legitimação pelo convencimento (derivada do diálogo).

A emersão do novo eforato, porém, para Loughlin e Edward L. Rubin (2005, p. 48), exige uma reconstrução da imagem do Estado concebida como o da tripartição de poderes para algo que teria semelhança com uma rede (como as de informática). Argumentam, inclusive, a necessidade de descartar os conceitos de constitucionalismo moderno que obstaculizariam a compreensão da realidade, propondo-se que a análise a partir desta imagem de rede de interconexões habilitaria melhor o enfrentamento dos desafios atuais da governança, impossível com as limitações impostas pela insistência no esquema da tripartição dos poderes, insuficiente para conter o exponencial crescimento das funções e da estrutura do Estado e minorar sua crise de legitimidade e de ineficiência (RUBIN, 2005, p. 73). Seria necessário superar uma visão sacerdotal do governo em prol de uma instrumental, repensar a essência do direito público, em uma troca que demandaria alterar o foco do passado para o futuro, sob a perspectiva de ultrapassar premissas de uma estruturação política surgida de inspiração divina ou de um arranjo pré-político para a compreender como um processo de construir contínuo em benefício da evolução das estruturas concebidas pela humanidade para gerenciar interesses e direitos comunitários. É nítida a relevância do processo nesta concepção.

A promoção do diálogo interno é fundamental para manter o compromisso do Estado com suas finalidades e o processo é o meio pelo qual o Estado age, inclusive se comunica internamente. O processo administrativo é o espaço no qual as competências são exercidas e os órgãos e entes se encontram para dialogar e tratar de questões cuja solução desafia complicadas interações multilaterais.

3.2 Processo Administrativo e pulso de vida civilizatório. O processo administrativo, assim, visa promover o encontro, premissa da comunicação, o diálogo e o debate, como procedimento de construção coletiva dos consensos alcançáveis que traduzirão a melhor verdade possível para aquele espaço e tempo na atuação estatal. A proposição traça um caminho alternativo aos impulsos conservadores e refratários à vida em comunhão, adequada às pulsões de vida que conduzem os indivíduos a reunir em grupos e prosperar coletivamente.

Nem toda forma de interação é capaz de agir comunicativo, de legitimar a ação estatal democrática, pois o processo civilizatório demanda um tipo de relação intersubjetiva qualificada pelos pulsos de vida e resistente aos impulsos destrutivos do tecido social. O “poder do amor” (FREUD, 2010, p. 41) revela-se decisivo ao desenvolvimento da civilização ao canalizar o impulso erótico também para a aglutinação dos membros da comunidade e o desenvolvimento das relações sociais em vários e cada vez maiores níveis. Por outro lado, o

pulso destrutivo de Tânatos também mobiliza as massas, mas em direção oposta, rasgando o tecido social, catalisando e direcionando a agressividade e a violência para outros grupos internos, segregando ao invés de agregando, quase sempre em nome de pretensa liberdade (individual) que estaria oprimida pelas regras sociais de cunho coletivo (FREUD, 2010, p. 41).

Não é acaso que aqueles reunidos sob inspiração de Tânatos ataquem sistematicamente atividades científicas, culturais, artísticas, filosóficas, intelectuais, ideológicas (que não alinhadas com a verdade absoluta fundamentalista), pois estas, não relacionadas diretamente com necessidades biológicas, representam elevado grau de civilização. Não é imotivada a intuitiva associação da ideologia de certos grupos à barbárie, no significado de negação da civilização. A revolta contra a civilização por parte daqueles cujos impulsos a sociedade não consegue domesticar acaba sendo direcionada contra o outro que passa a ser um objeto de satisfação de seu pulso agressivo, recaindo sobre este outro a exploração de seu trabalho, a violação de seu corpo, a apropriação de seus bens materiais e imateriais, a dor, a tortura e a morte (FREUD, 2010, p. 41), como adverte Daniel Antônio Castro Brumado:

quando essa tendência destrutiva não é devidamente reprimida pela civilização ela se espalha como um vírus que contagia rapidamente uma ampla parcela da população. O resultado é o estado de barbárie observado nos eventos mais tenebrosos pelos quais a humanidade já passou – genocídios, holocausto, terror, morticínios, Estados totalitários etc. (2022, p. 115)

Adiante, conclui que “*Devido a essa tendência à agressão, a civilização convive com uma permanente ameaça de desintegração, a pulsão de morte é o mais poderoso obstáculo à cultura*” (2022, p. 115) e, acrescenta-se, por consequência, à civilização e à democracia. Como já dito, não é mera coincidência que o extremismo trave uma luta constante e agressiva contra a ciência, a cultura, a arte, a fraternidade, a igualdade, a solidariedade e contra tudo que, de qualquer forma, representa, marca ou catalisa o processo civilizatório, pois se trata do embate de forças antagônicas. Para prosperar, o pulso de morte precisa sufocar o pulso de vida. Daí Tânatos, quando sintetizado em ideologias como o fascismo, alimentar e ser alimentado por preconceitos que desagregam e rompem os laços sociais existentes.

O recurso da cultura sectária a preconceitos infundados e inventados, ao que Freud designa por “*narcisismo de pequenas diferenças*”, historicamente tem sido utilizada para o direcionamento da agressividade para grupos (específicos ou genéricos) minoritários (em poder ou número) como mulheres, negros, judeus, orientais, latinos, estrangeiros, ciganos, indígenas, homossexuais etc. A disseminação destes preconceitos promove as condições para a emersão das piores condutas humanas, como sintetizou Hannah Arendt, a banalização do mal, a ponto de romper os vínculos sociais e dispersar o vírus da desconfiança no homem (no outro) e na humanidade (no coletivo social). A potencialidade lesiva dos grupos reunidos à sombra de

Tânatos é ampliada quando identificada a perigosa “*miséria psicológica da massa*” (FREUD, 2011), quando o grupo, amalgamado em uma “*massa psicológica*” reduz o discernimento dos indivíduos, fazendo-os retroceder em seus níveis culturais, tornando-os mais instintivos, incivilizados e violentos, uma vez que a massa se torna “*impulsiva, volúvel e excitável*” (FREUD, 2011, p. 18), muitas vezes além da repressão pelos institutos de autopreservação, sem percepção de limites, acríticos, influenciáveis e inclinados a atos extremos, inimagináveis, como os presenciados na invasão do Capitólio e no ataque à Praça dos Três Poderes. De acordo com Daniel Brumado:

Todas as inibições dos impulsos primitivos realizadas pela cultura sobre o indivíduo desaparecem numa massa e as pulsões mais cruéis, brutais e destrutivas são despertadas. A distinção entre verdadeiro e falso não existe na massa, essas necessitam de ilusões, ideias logicamente contraditórias circulam sem problemas em seu imaginário. A realidade psíquica, criada pela fantasia, tem mais poder na massa do que a realidade objetiva. (2022, P. 117)

A civilização emerge nas conexões intersubjetivas e sucumbe quando o outro passa a representar o mal a ser eliminado. O pulso de morte se manifesta contra o indivíduo, mas alcança a coletividade em seu processo civilizatório que retrocede ou sucumbe cada vez que se troca o amor pelo ódio, o diálogo pela violência. Sob influência de Tânatos não há espaço para a solidariedade, pois a cooperação somente prospera na tolerância, não sobrevivem a civilização, a democracia e o Direito. O Direito deixou de ser um ente racional pretensamente equidistante com inspiração ética e filosófica, para amoldar-se a uma racionalidade “político-tecnológica” tornando-se ele próprio também parte de um “processo de governo”. O devido processo administrativo não é antídoto suficiente contra os avanços de Tânatos, mas é útil e necessário à construção da democracia ínsita ao Estado Democrático de Direito.

4. Conclusão. A abordagem traça duas paralelas que conduzem à reflexão. Uma resgata na história o papel e a dimensão do processo na estruturação do ocidente, em especial da democracia. Outra apresenta a relação do processo administrativo com a legitimação de uma nova forma de Estado, o surgimento de um novo eforato e a necessidade de contenção de Tânatos e seu pulso mortal ao projeto civilizatório do ocidente. Estas duas linhas de visão permitem um ângulo de perspectiva do processo administrativo como pilar fundamental do Estado Democrático de Direito, essencial para construir o Estado Democrático de Direito.

5. Referências

ARENDDT, Hannah. **Entre passado e futuro**. São Paulo: Perspectiva, 2005.

BEARD, Mary. **SPQR: uma história da Roma antiga**. São Paulo: Planeta, 2017.

BURBANK, J. COOPER, F. **Impérios: uma nova visão da história universal**. São Paulo: Planeta, 2019.

BRUMADO, Daniel Antônio Castro. A luta entre Eros e Tânatos: uma interpretação social e política da teoria das pulsões de Sigmund Freud. **Revista das questões**, da UFOP – Univ. Fed. de Ouro Preto. **Eros, a partir de Herbert Marcuse**. Vol. 14, nº 1. fev. 2022, fls. 109/127

CARVALHO, Francisco Bertino Bezerra de. **Legitimação da criação do direito pelos Tribunais: uma proposta dialógica**. Rio de Janeiro: Autografia, 2021.

CRETELA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FERGUSON, Niall. **Civilização: ocidente X oriente**. São Paulo: Planeta, 2012.

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização, novas conferências introdutórias à psicanálise e outros textos**. Obras completas, V. 18. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

FREUD, Sigmund. **Psicologia das Massas e análise do Eu**. Obras completas, V. 15. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

HAMILTON, Alexander. **The federalist papers**. 1788.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens: uma breve história da humanidade**. 12ª ed. Porto Alegre: L&PM, 2016.

HUIZINGA, Johan. **Homo ludens: o jogo como elemento da cultura**. São Paulo: Perspectiva, 2008

LOUGHLIN, Martin. **Foundations of public law**. London: Oxford, 2010.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Constitucionalismo abusivo e casuismo eleitoral: PEC do Estado de Emergência. **Revista Consultor Jurídico**, 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jul-14/interesse-publico-constitucionalismo-abusivo-casuismo-eleitoral-pec-estado-emergencia>>. Acesso em 22/08/22

NEVES, José Roberto de Castro. **A invenção do direito: como Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristófanes mudaram para sempre o mundo jurídico**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2021.

RUBIN, Edward L. **Beyond Camelot: rethinking politic and law for the modern state**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

TZU, Sun. **A arte da guerra**. São Paulo: Martin Claret, 2007.

VIBERT, Frank. **The rise of the unelected: democracy and the new separation of powers**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.