

DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NA SOCIEDADE DE MASSAS: O individual que se transforma em público

HOMOGENEOUS INDIVIDUAL RIGHTS IN SOCIETY OF MASSES: The individual that becomes public

Leonardo Raphael Carvalho de Matos

Resumo

Os direitos individuais homogêneos na sociedade de massa compreendem uma temática instigante e complexa. Diante do fenômeno da publicização do direito privado, os direitos metaindividuais são abordados também do ponto de vista constitucional, sendo retirados da zona exclusiva dos interesses particulares, porquanto a violação ao seu conteúdo causa impactos sociais significativos. O presente trabalho problematiza a natureza jurídica dos direitos individuais homogêneos, a partir de uma hermenêutica sistemática. Considera-se que a norma jurídica do ponto de vista de um composto de determinações normativas de caráter heterônomo e polissêmico. Objetiva-se, pois, perscrutar a influência da tutela dos direitos humanos e dos princípios constitucionais que recaem sobre a temática dos direitos transindividuais. Para tanto, será feito um estudo de casos em que o Judiciário demonstra verter um olhar mais público aos interesses particulares, desde que individuais homogêneos. Serão cotejadas as conclusões extraídas da análise jurisprudencial com a classificação dos direitos fundamentais, diante das exigências da tutela do processo coletivo, com destaque para a atuação do Ministério Público e da Defensoria Pública. Espera-se, pois, apresentar um panorama reflexivo e atualizado do direito individual homogêneo como um direito individual cuja tutela jurisdicional é feita por um viés mais publicístico, em face da relevância de sua proteção do ponto de vista coletivo no atual estágio de desenvolvimento da sociedade contemporânea.

Palavras-chave: Direitos individuais homogêneos. Hermenêutica sistemática. Sociedade de massas.

Abstract

Homogeneous individual rights in mass society comprise a compelling and complex subject. Given the phenomenon of publicizing private law, metaindividual rights are also addressed the constitutional point of view, being removed from the exclusive area of special interest, because the violation of your content cause significant social impacts. This paper discusses the legal nature of homogeneous individual rights, from a systematic hermeneutics. It is considered that the legal standard from the point of view of a compound normative determinations of heteronomous and ambiguous character. The purpose is therefore scrutinize the influence of the protection of human rights and constitutional principles that fall on the subject of trans-individual rights. Thus, a study of cases in which the judiciary power demonstrates pouring a public look at, since individual private interests will be homogeneous. The conclusions drawn from case law analysis to the classification of fundamental rights will be carefully considered, given the requirements of the protection of the collective process, with emphasis on the role of prosecutor and public defender. It is expected, therefore, present an updated overview of the reflective and homogeneous individual rights as an individual right which judicial review is made for a public way, given the importance of its protection of the collective point of view in the current stage of development of contemporary society.

Keywords: Homogeneous individual rights. Systematic hermeneutics. Mass society.

Introdução

Neste trabalho serão abordados os aspectos relacionados aos novos direitos, considerados coletivos, difusos e individuais homogêneos. Inicialmente trataremos do processo de dinamogenesis do Direito, teoria que busca o reconhecimento e compreensão dos direitos, numa linha tempo-espacial de mutação legislativa e hermenêutica, no intuito de contextualizar o surgimento e a importância de se tutelar os direitos humanos, no tocante aos de terceira geração, que implicam na proteção integral da dignidade humana e dos princípios constitucionais e a sua imersão na ordem constitucional.

Em seguida, trataremos das características básicas destes novos direitos e da posição que ocupam no ordenamento jurídico brasileiro nos dias atuais. No último capítulo trataremos dos órgãos responsáveis pela tutela desses direitos, as garantias a serem protegidas e a sua relação com o acesso à justiça.

Vale ressaltar que tal pesquisa não possui o condão de esgotar tamanha problemática, mas de desenvolver um diálogo sobre o tema, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, ao analisarmos as doutrinas especializadas da literatura jurídica, e pelo método indutivo, ao apontarmos o entendimento jurisprudencial das cortes brasileiras, num paralelo entre os resultados desejados e os obtidos.

1. O diálogo entre o público e o privado na dinamogenesis do Direito

As relações sociais no Brasil vêm sofrendo um reflexo direito da tendência pós-positivista ao tratar o direito privado como também objeto do direito público, no momento em que compreendemos a existência de interesses coletivos, difusos e metaindividuais a serem tutelados pelo Estado.

Tal conjuntura é considerada consequência de alguns fenômenos a serem também analisados brevemente neste estudo, como: o neoconstitucionalismo, a dinamogenesis do Direito, o Estado sócio-ambiental e a defesa dos direitos de terceira geração (SILVEIRA, 2010).

Vale elucidar, inicialmente, o contexto histórico ensejador do olhar tendencioso de análise do privado sob um aspecto público (BONAVIDES, 2006). Muitos doutrinadores agregaram significativa contribuição ao Direito ao tratarem destas questões. Lembremos Hans

Kelsen, adepto ao Direito normativo. Podemos citar Miguel Reale, representante do movimento positivista, que analisou o Direito como ciência composta de norma, fato e valor. E no evoluir, Ronald Dworkin, que pregava que o valor integra a norma através dos princípios, surgindo, então, a ciência pós-positivista.

Como demonstrado, a inovação histórica não está propriamente na existência e no reconhecimento dos princípios pela norma jurídica. Os princípios são figuras antigas no ordenamento e a proporção que o tempo passa, vêm desempenhando vários papéis. O que há de inovador é o reconhecimento de sua normatividade (BARROSO, 2003).

Tudo acontece por força da hermenêutica – parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize; é a teoria científica da interpretação. Entendemos que a tarefa de interpretar a norma vai além. Devemos, então, conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; estender o sentido da norma a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação; temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social. Logo, o ato interpretativo implica uma duplicidade, onde sujeito e objeto estão colocados um diante do outro (FRANÇA, 2011).

A hermenêutica contém regras bem ordenadas que fixam os critérios e princípios que deverão nortear a interpretação. É a teoria científica da arte de interpretar, mas não esgota o campo da interpretação jurídica, por ser apenas um instrumento para a sua realização. Logo, o intérprete, ao compreender a norma, descobre seu alcance e significado, refaz o caminho da fórmula normativa, ao ato normativo, tendo presentes os fatos e valores dos quais a norma advém, bem como os supervenientes; ele a compreende, a fim de aplicar em sua plenitude o significado nela objetivado.

As normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si. A complexidade deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tamanha que não há um poder (ou órgão) capaz de satisfazê-la sozinho. Têm-se, então, dois expedientes: a) a recepção de normas já feitas, produzidas por ordenamentos diversos e precedentes; b) a delegação do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores. A complexidade de um ordenamento jurídico deriva, portanto, da multiplicidade das fontes diretas e indiretas (reconhecidas e delegadas) das quais afluem regras de conduta.

O poder originário é o conjunto das forças políticas que num determinado momento histórico tomaram o domínio e instauraram um novo ordenamento jurídico. Qualquer poder originário repousa um pouco sobre a força e um pouco sobre o consenso. O exercício da força (eficácia) para fazer respeitar as normas é uma característica do ordenamento jurídico. Logo, a norma fundamental é verdadeiramente a base do ordenamento jurídico (BARROSO, 2003).

Contudo, o Direito é lacunoso, mas é, ao mesmo tempo, sem lacunas. É lacunoso porque a vida em sociedade apresenta vieses infinitos nas condutas humanas, mudam-se as necessidades com os progressos, o que torna impossível a regulamentação, por meio de norma jurídica, de toda sorte de comportamento, mas é paralelamente sem lacunas, ao passo que o próprio dinamismo do Direito apresenta soluções que serviriam de base para qualquer decisão.

Dinamicamente considerado o Direito autointegra-se. Ele mesmo supre seus espaços vazios através do processo de aplicação e criação de normas, sendo o sistema jurídico não completo, mas completável. A constatação da lacuna resulta de um juízo de apreciação, porém, o ponto decisivo não é a concepção que o magistrado tem da norma jurídica, mas o processo metodológico por ele empregado.

Os mecanismos de constatação das lacunas são, concomitantemente, de integração. São correlatos porque o preenchimento pressupõe a constatação. Os meios de preenchimento das lacunas são indicados pela própria lei (art. 4º, LINDB), destacando-se a figura dos princípios, que abandonaram seu caráter meramente complementar da norma, mas passaram a desempenhar um novo papel normativo, coercitivo, através da hermenêutica sistemática moderna.

E no momento em que os princípios atuam como moderadores de um Direito mais justo, mais humanista, mais fraterno, mais protecionista aos direitos humanos, é que a ciência jurídica se transforma e o Direito Privado e o Direito Público se comunicam. Logo, as normas privadas passam a ser analisadas num viés constitucional, assim como as normas públicas passam a se preocupar com o interesse privado.

Nesta conjuntura, as ciências como o Direito do Trabalho, o Direito Civil e o Direito do Consumidor denotam um novo aspecto, ou seja, recebem uma proteção constitucional e uma interpretação sistêmica de suas normas, influenciadas diretamente pelos princípios constitucionais, responsáveis pela manutenção da ordem e da segurança jurídica.

Os fenômenos históricos supracitados desencadearam um evoluir jurídico denominado neoconstitucionalismo, que flexibilizou a rigidez normativa, apresentando um diálogo entre as normas de direito público e de direito privado. O neoconstitucionalismo também guarda relação com os direitos difusos, categoria intermediária entre o público e o privado, que busca tutelar os interesses de uma coletividade. Vale lembrar que o direito difuso supera a dicotomia público-privada. O neoconstitucionalismo ainda sofre influência do direito internacional, ao recepcionar normas de eficácia *erga-omnes* introduzidas por tratados e convenções internacionais, às quais o Brasil resta signatário.

A dinamogenesis explica o processo que fundamenta o nascimento e desenvolvimento de novos direitos no decorrer da história. Tal modelo corresponde à chamada ideologia dinâmica da interpretação jurídica, entendida como atividade de adaptação do direito às necessidades da presente e futuras gerações.

Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano nos demonstram em sua obra, a teoria da dinamogenesis como fonte dos direitos humanos. E será com base em sua pesquisa que desencadaremos a seguir uma linha no tempo e no espaço com o condão de demonstrar o reconhecimento desses novos direitos e o processo de imersão na ordem constitucional. (SILVEIRA, 2010).

O Estado Nação, caracterizado pelos privilégios a determinadas classes, se torna Estado de Direito, nos séculos XVII e XVIII, onde os direitos civis (direitos de autonomia) e os direitos políticos (direitos de participação) são incorporados à ordem pública, através do fenômeno da transmigração. Os direitos civis desdobram-se no direito à vida, à integridade pessoal, à segurança pessoal, à liberdade, entre outros. Os direitos políticos representam a possibilidade e o exercício da participação política, ou seja, a possibilidade do indivíduo votar e ser votado. Logo, temos os direitos negativos e individuais, bem como os direitos humanos de primeira geração (direitos de liberdade).

Os direitos de primeira geração, como vistos, concernem à delimitação da esfera de liberdade individual em relação ao poder do Estado, traduzindo as denominadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, na medida em que exigem por parte do poder público um comportamento apenas de salvaguarda, sem qualquer interferência efetiva nessa esfera de domínio particular. Neste Estado Liberal de Direito, o exercício dos direitos políticos introduz, também, a ideia de cidadania.

O Estado de Direito evolui para o Estado Social de Direito, no século XIX, onde os direitos sociais, econômicos e culturais são incorporados à ordem pública, sob égide da Revolução Industrial. Logo, temos os direitos positivos e coletivos, bem como os direitos humanos de segunda geração (direitos de igualdade).

Os direitos de segunda geração possuem um caráter eminentemente prestacional, caracterizando-se como direitos de cunho social, econômico e cultural, e exigem uma atuação estatal voltada ao atendimento de condições mínimas de dignidade da vida humana, ou seja, especificar as pretensões do povo.

A Constituição Federal Brasileira de 1934 foi a primeira Constituição a introduzir no Brasil tais direitos na ordem jurídica. O Estado passa a ter um *status* positivo social, através da ideia de igualdade (Democracia Social).

Os direitos de segunda geração estão presentes nos artigos 23 e seguintes da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, atualmente, possuem uma dupla dimensão: a) objetiva – o Estado como garantidor da igualdade; b) subjetiva – a faculdade que os indivíduos possuem de participar dos benefícios da vida social.

O Estado Social de Direito evolui para o Estado Sócio-Ambiental ou Estado Constitucional Cooperativista, onde o direito à paz, ao meio ambiente e ao desenvolvimento são incorporados à ordem pública. Logo, temos os direitos difusos, bem como os direitos humanos de terceira geração (solidariedade e fraternidade), tutelados regional, estadual e universalmente, caracterizados pela Teoria Democrática.

Os direitos de terceira geração, no século XX, se voltam à tutela da solidariedade, passando a considerar o homem como não vinculado a esta ou àquela categoria, mas como um gênero com necessidades comuns, e que só serão supridos a partir da união de esforços na construção de um mundo melhor, revelando a preocupação concreta com a paz, o desenvolvimento econômico, o meio ambiente, entre outros temas do direito comparado.

A norma há de ser expressão jurídica dos valores morais e éticos que inspiram o ordenamento jurídico e que se sintetizam no respeito e na garantia da dignidade humana e suas manifestações, como mérito dos direitos humanos. O princípio do respeito pela dignidade da pessoa é a expressão jurídica dos valores representados pelos direitos humanos, manifestos no interesse de proteção dessa dignidade em seu sentido político, social, econômico e cultural.

As mudanças sociais e econômicas produzidas ao longo da história utilizam os princípios jurídicos como vias para o reconhecimento dos novos valores exigidos pela comunidade social. Por intermédio da normatização, os valores passam a ter vida. Saem do plano ideal para o concreto posto que se pode exigí-los, garanti-los e protegê-los. O objeto se protege e garante por intermédio do direito: o objeto se transforma num “dever-ser”.

A funcionalização do Direito passa a ser caracterizada por uma compatibilização geracional, ou seja, por uma nova perspectiva (solidariedade), assegurando direitos às futuras gerações, e não apenas, expectativa dos mesmos.

Os direitos de terceira geração surgem no contexto do Estado democrático e social de direito, ultrapassando a visão individualista, superando a dicotomia entre o público e o privado, fazendo com que a tutela dos direitos atinja um caráter difuso. Tais circunstâncias deram-se pela contaminação das liberdades e pela revolução tecnológica.

Têm-se, então, como consequências ao surgimento desses novos direitos:

- a) o surgimento dos direitos ecológicos ou direito ao meio ambiente sadio, face à finitude dos recursos naturais;
- b) a reformulação da problemática da tortura, com base nos avanços da medicina;
- c) a reformulação do direito à vida, a partir de uma nova biologia genética, bem como os meios técnicos que permitem a prolongação da mesma de forma artificial.

Os direitos de solidariedade asseguram: i) a reformulação das garantias tradicionais com a pretensão de dar mais efetividade; ii) a universalização progressiva do *ombudsman* como garantia dos direitos humanos; iii) e o surgimento de novas formas não estatais de direitos humanos, como por exemplo, os religiosos.

Então, esta mesma solidariedade tem como enfoque os direitos dos povos, combatendo a acentuação da desigualdade econômica, sociocultural e política, que consiste no paradigma da qualidade de vida, próprio da genuína pós-modernidade, e por centrar na luta contra a alienação dos indivíduos.

Como assevera Samyra Napolini Sanches:

Assim, os direitos de solidariedade expressam-se como direito à paz, meio ambiente sadio, autodeterminação dos povos e desenvolvimento econômico. Em um mundo globalizado e em um contexto econômico de capitalismo avançado há um número cada vez maior de situações e condutas humanas que exigem do Estado ações de proteção e de prestação. Porém, os direitos de solidariedade, não só relativizam a

soberania dos Estados, mas comprometem com a pauta de direitos também o sujeito particular. (SANCHES, 2011, p. 298)

Como características das três primeiras gerações têm-se, então, a universalidade, a irreversibilidade, a indivisibilidade, a integridade e a interdependência entre elas. Alguns eventos foram primordiais ao fomento da dinamogênese jurídica. Podemos destacar, entre outros, a Organização das Nações Unidas (1945); a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) – aprovada em Paris, contendo 30 artigos representativos dos “direitos dos povos”; a Organização dos Estados Americanos, através da Declaração Americana de direitos e deveres do homem e do Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil também é signatário de suas disposições.

Neste contexto, a cidadania que consiste no vínculo jurídico com o Estado, ou “o direito a ter direitos” (ARENDR, 1989) passa a ter uma dimensão tripartida, com o aumento de pessoas, de direitos e de tutela ou jurisdição (ao passo que se tornam sujeitos de Direito Internacional Público). Isso implica dizer, que no século XX, os direitos humanos passaram a ter uma tutela regional, estadual e universal, marcada pelos eventos da globalização e o surgimento do terceiro setor (Organizações).

Ademais, afirma Samyra Napolini Sanches:

Porém, cada vez mais, firma-se a teoria de que os efeitos dos Direitos Fundamentais não se reduziriam ao Estado, ou seja, não é somente o Estado o destinatário dos Direitos Fundamentais, uma vez que o particular também não pode violá-los, neste caso se estaria falando em eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. Esta teoria, elaborada na segunda metade do século XX, baseia-se na ideia de superação da concepção de direitos fundamentais somente como direitos exigíveis em face do Estado, mas como um sistema de valores válido para todo o ordenamento jurídico. (SANCHES, 2011, p. 299-300)

Tais citações possuem o condão de demonstrar o mérito dos direitos fundamentais, que nasceram do povo para o povo, num caráter prestacional e de observância obrigatória pelo Estado, bem como pelos particulares.

Nas palavras de Vladimir da Silveira, temos:

Na sociedade atual, chamada sociedade aberta, o direito se desenvolve por intermédio de forças espirituais (...), onde se têm em conta estimações, com caráter jurídico integrador, que brotam de um debate livre dentro da sociedade. Por isso o direito constitucional e o direito internacional se aproximam e se complementam, regulando a convivência em sociedade de forma justa, ao garantir e proteger o que ela considera valioso. Mediante a normatização, os valores deixam o plano ideal (sentimental) e passam ao âmbito do real, porque só assim se poderá exigi-los, garanti-los e, acima de tudo, protegê-los.

Com a transformação dos Estados-Nação em Estados Constitucionais Cooperativos, o ente estatal passa a ter normas próprias nas relações internacionais, dentre elas a da cooperação internacional, a da prevalência dos direitos humanos e a do respeito pela autodeterminação dos povos. (SILVEIRA, 2010, p. 88-89)

Observadas as dimensões dos direitos fundamentais, a sua principal consequência é a eficácia irradiante destes direitos, o que significa que os valores inerentes a estes direitos irradiam por todo o ordenamento jurídico. Entende-se, ainda, que as dimensões dos direitos não se esgotam em apenas três gerações. Estudos mais modernos apontam outras duas gerações de direitos.

Os direitos de quarta geração teriam como valores preponderantes a responsabilidade e a ética. Nascem a partir do Estado necessário e ético de direito, caracterizado pela horizontalidade dos direitos humanos. Para Noberto Bobbio (BOBBIO, 1992, p.6), “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética.”

Tais direitos configuram processos e institutos jurídicos focados na proteção da dignidade da humanidade, que tem como núcleo essencial, a proteção e a garantia da espécie humana considerada na sua coletividade. Vale citar que os direitos de quarta geração são frutos das novas necessidades sociais de tutela, haja vista o aparecimento das inovações tecnológicas e dos riscos inerente ao desenvolvimento na pós-modernidade, possuindo formas universal e real.

A ética, a responsabilidade e a moralidade científica vão além da solidariedade ao caracterizarem a dignidade da pessoa humana.

Para Paulo Bonavides (2006, p. 571-572):

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

Com efeito, Bonavides define como direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Quanto aos direitos de quinta geração, alguns doutrinadores como o próprio Paulo Bonavides, José Adercio Sampaio Leite e Raquel Honesko, asseveram que a paz seria um desses direitos e que, o cuidado, a compaixão e o amor por todas as formas de vida assegurariam os direitos humanos numa plenitude social, dados os últimos acontecimentos de iminentes guerras e movimentos de caráter terrorista pelo mundo.

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores (...). Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais, já esboçadas no presente. Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos humanos (...). Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (BONAVIDES, 2006, p. 571).

Logo, o direito à paz é entendido como direito à vida, tornando-se elemento fundamental ao progresso de todo país, seja desenvolvido ou não.

Em síntese, o desenvolvimento histórico marca o reconhecimento de novos valores por parte da sociedade, que os estima como necessários e, nesse sentido, os protege mediante o eficaz instrumento do direito.

A título de fechamento deste capítulo inicial, vale-se utilizar das palavras de Vladimir Oliveira da Silveira:

Como vimos, os direitos e liberdades não foram conquistados pacificamente, mas por intermédio de árdua luta, e se baseiam historicamente no modelo ocidental, euro-atlântico. Este modelo, cumpre lembrar, se expressa como um sistema complexo, interdependente e dinâmico. Com efeito, são atos e fatos históricos, posicionamentos ideológicos, posições filosóficas, textos normativos e instituições que – desde a fundamentação axiológica de tal modelo na Antiguidade Clássica, passando pelos documentos medievais e as primeiras declarações de direitos até os documentos mais recentes – configuraram um corpo jurídico de instituições e normas de caráter declaratório internacional e de direito fundamental constitucional. Frise-se que esse corpo jurídico tem como objetivo dotar de eficácia real a dignidade da pessoa humana, em suas mais amplas manifestações, por intermédio dos direitos humanos. (SILVEIRA, 2010, p. 184-185)

A partir da dinamogenesis e da compreensão do surgimento dos novos direitos, veremos, então, a classificação dos direitos metaindividuais, a posição que ocupam na legislação brasileira e os órgãos destinados à sua tutela.

2. Os direitos metaindividuais

Os interesses metaindividuais representam a preocupação da sociedade moderna com a tutela não apenas do indivíduo, mas de uma coletividade até indeterminável de pessoas. Tais

direitos encontram-se entre o público e privado, gerando uma dicotomia a ser superada na pós-modernidade, com reflexão às suas fronteiras e a mudança nas relações sociais.

Péricles Prade define interesse jurídico como sendo “a relevância de ordem material ou também instrumental, subjetivada ou não subjetivada, conferida pelo direito positivo a determinadas situações respeitantes ao indivíduo isolado, ao grupo ou à coletividade maior.” (PRADE, 1987, p. 11)

Logo, o interesse jurídico possui como referencial certo valor inscrito na norma e os interesses maiores estão situados no plano fático, da realidade, são relacionados à vida, constituídos independentemente da norma jurídica.

Ao tratarmos de interesse público, nos referimos ao interesse compartilhado por todos, recaindo ao Estado a indicação de seu conteúdo e a consequente ordem normativa. O interesse público refere-se à necessidade geral e impessoal da sociedade.

Este mesmo interesse público poderá ser classificado em primário e secundário. Irene Patrícia Nohara expõe:

O interesse público primário é aquele que a Administração Pública deve perseguir no desempenho de sua atividade, uma vez que a categoria comporta os interesses da coletividade como um todo. Já o interesse público secundário reflete o interesse imediato do aparato administrativo geralmente relacionado ao interesse fazendário e incremento do erário (como a aquisição de seu mobiliário ou a construção de um prédio para abrigar a administração pública). (NOHARA, 2011, p. 58)

Já o interesse privado nos conduz a ideia de interesse do próprio indivíduo, a relação jurídica entre os indivíduos e as coisas resguardadas pelo ordenamento jurídico. Define Rodolfo de Camargo Mancuso:

Não vemos outra forma de conceber o que seja direito individual, senão utilizando o critério do elemento predominante, a que já nos referíamos: é individual o interesse cuja fruição se esgota no círculo de atuação do destinatário. Se o interesse é bem exercido, só o indivíduo disso se beneficia; em caso contrário, só ele suporta os encargos. Assim se passa, por exemplo, com o interesse do credor em receber o seu crédito.” (MANCUSO, 2006, p. 50)

Desta forma, destacamos que a maior parte da doutrina entende superada a dicotomia entre o público e o privado a partir do surgimento dos novos direitos em posição intermediária.

Há de se distinguir, também, o interesse público e o interesse social. Assevera Ada Pellegrini Grinover:

São interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massas, que comportam ofensas de massas e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da previdência social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e seus anseios. (GRINOVER, 2000, p. 9).

Quanto aos interesses transindividuais ou metaindividuais, estes refletem o interesse de uma coletividade, excedendo, portanto, o individual, mas que não refletem, necessariamente, interesses públicos, e que também não devem ser analisados apenas pelo viés do privado, do individual.

Os interesses transindividuais atingem grupos de pessoas interligadas por um fato ou circunstância numa mesma relação jurídica. Uma vez identificado este interesse comum, surge a necessidade de analisá-lo processualmente para que se atinja sua eficácia. A ação coletiva é aquela, portanto, movida por uma pessoa e que tem por finalidade a promoção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Vale lembrar a presença de normas como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), que busca tutelar estes direitos metaindividuais, tamanha a abrangência e repercussão social de seus preceitos, com natureza de norma de ordem pública com observância cogente. Na mesma senda é a atuação do Ministério Público, legitimado pela própria Constituição Federal para ingressar com ações coletivas na defesa desses direitos.

Os interesses metaindividuais podem ser divididos entre difusos, coletivos e individuais homogêneos. O artigo 81 do CDC nos traz os respectivos conceitos:

- a) Direitos difusos: são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato (art. 81, I);
- b) Direitos coletivos: são 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 (art. 81, II);
- c) Direitos individuais homogêneos: assim entendidos os decorrentes de origem comum (art. 81, III).

Verifica-se que o critério utilizado para distinção entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é subjetivo, objetivo e de origem. É subjetivo porque analisa os titulares dos interesses (pessoas determinadas ou indeterminadas); é objetivo, pois analisa a

divisibilidade do interesse (divisível ou indivisível); e de origem, pois analisa a origem do interesse (se de fato ou de negócio jurídico).

O CDC nos apresenta esses critérios de distinção entre os direitos metaindividuais, mas, há na doutrina, outro critério a ser utilizado, a análise do tipo de tutela jurisdicional que se pretende na ação coletiva, como assevera Nelson Nery Júnior:

Interessante notar o engano que vem incorrendo a doutrina, ao pretender classificar o direito segundo a matéria genérica, dizendo, por exemplo, que meio ambiente é direito difuso, consumidor é coletivo, etc. Na verdade, o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial, ou seja, o tipo de pretensão de direito material que se deduz em juízo. (NERY JR., 2010, p. 199)

A partir do entendimento conceitual dos interesses transindividuais, se faz necessário mencionar que tais direitos estão presentes no ordenamento jurídico pátrio através de algumas normas como: a Ação popular – Lei 4.717/65; o Meio ambiente - Lei 6.938/81; a Lei de ação civil pública – Lei 7.347/85; a Constituição Federal de 1988; os Portadores de deficiência – Lei 7.853/89; o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90; o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90; o Estatuto do Idoso – Lei 10.741/03; entre outros.

Logo, para se atingir a eficiência dos direitos materiais ora citados, surge a tutela jurisdicional coletiva, que representa um microsistema que reúne a legislação aplicada, o processo coletivo e os órgãos de atuação na defesa desses direitos, a serem estudados a seguir.

3. O processo coletivo e os órgãos de defesa dos interesses transindividuais

Inicialmente, cumpre ressaltar que a jurisdição consiste na proteção dada pelo Estado por meio do processo diante de uma crise jurídica. O objeto desta proteção é o direito material, pela tutela individual (proteção dos direitos individuais) ou pela tutela coletiva (proteção dos direitos metaindividuais e individuais indisponíveis).

O processo coletivo poderá ser comum, quando tutelar os direitos de terceira geração, através das ações coletivas (ação popular, ação civil pública, improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo, entre outros), ou ainda, especial, se objetivar a manutenção coesa do sistema constitucional, através das ações constitucionais (ADIN, ADIN por omissão, ADC e ADPF). O processo coletivo comum terá um controle constitucional incidental; já o especial, o controle será objetivo.

O processo coletivo contará, ainda, com a observância de alguns princípios:

- a) Devido processo legal coletivo: o “garantismo coletivo” assegura mais eficácia e legitimidade social aos processos coletivos, pois a decisão envolverá a coletividade, pessoas que não participam do processo.
- b) Acesso à ordem jurídica justa: a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) garantirá ampla participação das partes no processo, decisão justa e eficaz à luz da sociedade e da legalidade.
- c) Princípio da Participação: deve-se assegurar a ampla participação das partes no processo e observar o efeito sobre a coisa julgada.
- d) Princípio do ativismo judicial: poderes do juiz no processo coletivo e a judicialização das políticas públicas. Ademais, adota-se o sistema misto, considerando-se os poderes do juiz e a vontade das partes.
- e) Garantia do mínimo existencial, que repercute na reversa do possível (não será argumento apto para afastar a aplicação dos direitos fundamentais) e as astreintes (aplicáveis, inclusive, contra a Fazenda Pública).
- f) Princípio da economia processual: o processo coletivo abrange os direitos transindividuais, garantindo o acesso e a efetividade das decisões.
- g) Princípio do interesse no julgamento do mérito: nas hipóteses de sucessão processual quando da ilegitimidade ativa ou na fungibilidade entre ações coletivas.
- h) Princípio da não taxatividade e atipicidade: o objeto da ação coletiva é a defesa de todos os interesses metaindividuais, sendo possível a cumulação de pedidos, nas obrigações de fazer, não fazer, entrega de coisa, condenação em quantia certa, entre outras.

Quanto à legitimação, esta será plúrima (vários legitimados) e mista (sociedade civil e Estado), através dos particulares, das pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações e partidos políticos) e órgãos do poder público (Ministério Público, Defensoria Pública), entre outros.

3.1 O Ministério Público

Inicialmente, cumpre destacar que o art. 5º, I, da Lei nº 7.347/85, prescreve que o Ministério Público é um dos legitimados ativos para a propositura da Ação Civil Pública:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

I - o Ministério Público; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

Também, se reconhece a legitimidade do *parquet* para a tutela coletiva no Código de Defesa do Consumidor como se verifica pela redação do Art. 82:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - o Ministério Público,

Dentro deste contexto, a legitimação do Ministério Público na tutela coletiva se comporta no sentido da maior abrangência possível dentro dos ditames constitucionais, considerando-se o espectro de atuação de tal instituição e sua finalidade premente de defesa da sociedade e do próprio Estado Democrático de Direito.

Assim, a legitimação ativa do Ministério Público está fundada no interesse social que exerce no desempenho de suas atribuições, tratando-se de um legitimado extraordinário no exercício de uma função pública, como demonstra o julgado do Ministério Público do Trabalho, a seguir:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - DESCABIMENTO. TUTELA INIBITÓRIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. **DIREITOS DIFUSOS**, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. O Ministério Público do Trabalho detém legitimidade para pleitear em ação civil pública tutela inibitória na defesa de **direitos difusos**, coletivos e individuais homogêneos, especialmente quando relacionados à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do trabalho (1º, III e IV, CF), nos exatos limites dos arts. 127 e 129, III e IX, da Constituição Federal, 6º, VII, alíneas a e d e 84 da Lei Complr nº 75 /93, 1º, IV, e 3º da Lei nº 7.347 /85. Contudo, evidenciado pelo Regional que a causa de pedir reside nas irregularidades apuradas por Auditores Fiscais do Trabalho, em obra específica, a pretensão de projeção dos efeitos da decisão proferida na presente ação para situações futuras e incertas (tutela inibitória) ultrapassa os limites da lide. Agravo de instrumento conhecido e desprovido. (TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 1711006320085040662 171100-63.2008.5.04.0662 (TST). Data de publicação: 23/09/2011).

3.2 A Defensoria Pública

No tocante a legitimação ativa da Defensoria Pública para fins de ajuizamento de ação civil pública é modificação legislativa recente na Lei da Ação Civil Pública. Neste sentido, temos o inciso II do art. 5º da Lei nº 7.347/1985:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

(...)

II - a Defensoria Pública; (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

Diante disso, passou, assim, a Defensoria Pública a ter legitimidade para manejar a ação civil pública. Porém, apesar de estarem as defensorias públicas autorizadas a fazer uso

da Ação Civil Pública, a tutela coletiva a ser perseguida deve se restringir àqueles cidadãos que comprovem renda familiar inferior ao limite de isenção do imposto de renda para fazerem jus aos eventuais efeitos que o provimento jurisdicional perseguido (de cognição provisória ou exauriente) venha a produzir, como modo de dar vazão aos próprios limites de sua atuação, devidamente fixados pela Constituição Federal, Lei Complementar nº 80/94 e demais atos normativos internos daqueles órgãos jurídicos a nível federal.

Cumprido ressaltar que está em tramitação Ação Direta de Inconstitucionalidade, questionando a legitimidade da Defensoria Pública, para fins de ajuizamento de ação civil pública, ADI nº 3.943, da relatoria da Ministra Carmen Lúcia, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, que não teve até o presente momento solução em seu mérito.

3.3 Os entes públicos

Nos incisos III e IV do art. 5º da LACP tem-se que:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

(...)

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

No Código de Defesa do Consumidor, igualmente, tem-se que:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

(...)

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código.

Como é possível se verificar da análise dos referidos dispositivos legais, presente está em nosso Ordenamento jurídico ampla legitimidade para entes federativos e entidades da Administração Pública Federal direta e indireta realizarem o manejo de ações coletivas em geral.

3.4 As entidades associativas

No inciso V do art. 5º da LACP tem-se que:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: (Redação dada pela Lei nº 11.448, de 2007).

(...)

V - a associação que, concomitantemente: (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (Incluído pela Lei nº 11.448, de 2007).

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor estipula que:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Diante disso, tem-se que o requisito da pertinência temática em matéria de legitimidade ativa para a propositura de ações coletivas para associações é elemento previsto expressamente no texto legal e possui a sua razão de constar como exigência para a utilização da tutela coletiva, dada a possibilidade de eventual desvirtuamento de uma entidade associativa de suas reais finalidades para fins outros que não guardem relação com o seu desenvolvimento útil em prol de seus associados. Isso apesar de ser intuitivo que uma associação deve representar os interesses de seus associados em *ultima ratio*.

3.5 Defesa do Consumidor

Entendemos que os órgãos de Defesa do Consumidor, exemplificados pelo PROCON, Delegacia das Relações de Consumo, Delegacia de Defraudações e mesmo os Juizados Especiais de Relações de Consumo possuem esta legitimidade quanto a defesa dos interesses difusos.

Ementa: ADMINISTRATIVO - PROCON - APLICAÇÃO DE SANÇÃO - LEGITIMIDADE - RISCO DE LESÃO A **DIREITOS DIFUSOS** - NULIDADE - INOCORRÊNCIA 1 Os órgãos de proteção ao consumidor têm legitimidade para aplicar sanções administrativas com a finalidade de prevenir ou inibir lesão a **direitos difusos**. A inserção de cláusula impondo ônus indevidos a consumidores identificados, mas com aplicação genérica a todos os contratantes em mesmas condições, legitima a atuação do Procon em defesa dos interesses abstratamente em risco de potencial lesão. 2 O envio, sem solicitação prévia, de cartões de crédito consignados a benefício previdenciário do INSS viola flagrantemente o disposto no inc. III do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, autorizando a notificação e autuação do infrator. 3 O termo de ajustamento de conduta visando especificamente o ressarcimento dos danos concretamente causados a consumidores não desnatura a anterior autuação e aplicação de multa administrativa.

(TJSC – AC 1 SC, 3ª Câmara de Direito Público. Data de Publicação: 11/11/2013)

A partir da atuação desses órgãos é que o Estado tutela tais direitos, não obstante as dificuldades naturais enfrentadas por questões políticas, religiosas e culturais.

Conclusão

Em linhas gerais concluímos que o processo de dinamogênese representou a evolução legal dos direitos, numa linha de tempo e espaço pela história, através da transmigração e constitucionalização dos interesses. A dicotomia pré-existente entre o público e o privado foi superada pelo reconhecimento dos direitos de terceira geração.

Os direitos de solidariedade e fraternidade representam uma terceira categoria denominada direitos metaindividuais ou transindividuais, que se desdobram em interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Esses foram os direitos analisados neste artigo. Tais direitos buscam resguardar, fundamentalmente, a dignidade da pessoa humana, através de elementos de proteção a serem utilizados por organizações como o Estado (através da administração pública), o Ministério Público, a Defensoria Pública, e consagrados em normas especializadas nas causas metaindividuais, como as leis que protegem os consumidores, crianças e adolescentes, idosos, trabalhadores, deficientes físicos, entre outros.

Contudo, os resultados desejados ainda restam distantes dos obtidos. Ainda há muito que se fazer na questão da tutela dos direitos difusos. A sociedade ainda guarda relações profundas com a política, a religião e própria cultura, que impedem que tais direitos já conquistados juridicamente sejam efetivados socialmente.

Em que pese toda a legislação especializada e medidas e políticas públicas atuantes nesta área, muito se percebe a desproporção nas relações sociais quando se trata de vulneráveis, hipossuficientes ou minorias. Mas a fé na consciência democrática é maior, o que nos permite tecer discussões como esta, que objetivam agregar valor ao mérito do Direito: a paz social.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.
- _____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.
- DENSA, Roberta. **Interesses transindividuais: fronteiras contemporâneas entre o direito público e o privado e repercussões práticas nas ações coletivas**. Direito e administração pública. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 225-245.
- DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2011.
- DWORKIN, Ronald. **Rights as Trumps**. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. NY: Oxford University Press, 1984.
- FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 11. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos**. Revista de Processo, n. 97, p. 9. Jan./mar. 2000.
- HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos – conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARINONI, Luis Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MENEZES, Wagner; et al. Direito internacional, empresa e sustentabilidade. In: SILVEIRA; Vladmir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coord.); MAILLART, Adriana S.; COUTO, Monica Bonetti Couto et al (org.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito**.

Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade [vol. 2]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 354-366.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **O espírito das leis**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NALINI, José Renato. Sustentabilidade e ética empresarial. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coord.); MAILLART, Adriana S. COUTO. Monica Bonetti Couto et al (org.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito**. Coleção: Justiça. Empresa e Sustentabilidade [vol. 2]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 119-143.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípio do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Método, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Manual de Direitos difusos**. São Paulo: Verbatim, 2009.

PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito: ajustada ao novo Código Civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. Direitos humanos e empresa privada no Brasil. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coord.); MAILLART, Adriana S.; COUTO, Monica Bonetti Couto et al (org.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito**. Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade [vol. 2]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 294-307.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.