



## A DUPLA TITULARIDADE (INDIVIDUAL E TRANSINDIVIDUAL) DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS

### THE DOUBLE OWNERSHIP (INDIVIDUAL AND TRANSINDIVIDUAL) OF THE ECONOMIC, SOCIAL, CULTURAL AND ENVIRONMENTAL FUNDAMENTAL RIGHTS

---

**Daniel Wunder Hachem**

Professor do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Paraná. Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Membro fundador e Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro do Foro Iberoamericano de Direito Administrativo. Membro do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Editor Acadêmico da A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Advogado. E-mail: danielhachem@gmail.com

#### **Resumo**

O artigo visa a analisar se os direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais e ambientais ostentam titularidade individual ou transindividual, e, por consequência, se a sua tutela deve ser realizada de forma isolada ou coletiva. No estudo, com base (i) na distinção entre “direito fundamental como um todo” e “pretensões jurídicas jusfundamentais”, (ii) na multifuncionalidade dos direitos fundamentais, e (iii) na dupla dimensão (subjéctiva e objectiva) desses direitos, defende-se que todos os direitos fundamentais apresentam uma dupla titularidade. Sustenta-se que, em cada direito fundamental, algumas das pretensões dele decorrentes revelam-se como posições subjéctivas exigíveis individualmente, ao passo que outras encontram-se associadas à dimensão objectiva do direito, possuindo titularidade transindividual. Diante disso, todo direito fundamental, quando considerado em sua integralidade, exhibirá tanto uma faceta individual quanto uma feição transindividual, a depender da pretensão em análise. O trabalho tece uma crítica ao intento de se enquadrar de forma genérica e exclusiva os direitos fundamentais em alguma das categorias previstas da legislação processual civil brasileira (individual, coletivo, difuso ou individual homogêneo), haja vista que um mesmo direito enfeixa pretensões jurídicas distintas.

**Palavras-chave:** titularidade individual; titularidade transindividual; tutela colectiva; dimensão objectiva; direitos fundamentais económicos, sociais, culturais e ambientais.

---

### Abstract

The article aims to examine whether economic, social, cultural and environmental fundamental rights present individual or transindividual ownership, and therefore if its protection should be performed singly or collectively. In the study, based on (i) the distinction between “fundamental right as a whole” and “iusfundamental juridical pretensions”, (ii) the multifunctionality of fundamental rights, and (iii) the two dimensions (subjective and objective) of those rights, the text proposes that all fundamental rights have a dual ownership. It is argued that, in every fundamental right, some of the pretensions arising from it reveal as subjective positions individually exigible, while others are associated with the objective dimension of the right, having a transindividual ownership. Therefore, all fundamental rights, when considered in its entirety, display both facets – individual and transindividual – depending on the pretension in question. The paper presents a critique of the attempt to fit in a generic and exclusive way the fundamental rights in one of the categories set by Brazilian civil procedural law (individual, collective, diffuse or individual homogeneous), considering that the same right gathers distinct juridical pretensions.

**Keywords:** individual ownership; transindividual ownership; collective protection; objective dimension; economic, social, cultural and environmental fundamental rights.

## 1. INTRODUÇÃO

O tema da titularidade individual e/ou transindividual dos direitos fundamentais tem apresentado no Direito brasileiro acentuada importância, especialmente no que diz respeito à sua exigibilidade. Contudo, não é raro, na doutrina e na jurisprudência, verificar-se certa obscuridade em relação a esse capítulo da dogmática constitucional, em um cenário no qual há referências a várias “espécies” de direitos humanos e fundamentais. Fala-se em direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais. Mas, ao mesmo tempo, alude-se a direitos individuais, transindividuais, coletivos, difusos, individuais homogêneos, sem que haja uma precisão quanto ao critério que diferencia tais categorias. Surge então a pergunta: o fator que distingue tais “modalidades” - supostamente diversas - de direitos fundamentais é a sua titularidade?

A confusão que se instala nessa seara deve-se, em parte, à malfadada “fantasia das chamadas gerações de direitos”.<sup>1</sup> A tradicional referência ao surgimento de distintas gerações de direitos fundamentais, que foram sucessivamente positivando nas Constituições direitos de diferentes espécies, gerou a seguinte explicação reducionista: (a) a *primeira geração* seria fruto do “Estado Liberal de Direito” de fins do século XVIII, momento em que se reconheceram como direitos essenciais do homem as liberdades individuais, cujo conteúdo se limitaria a restringir o campo de atuação do Poder Público, dirigindo-lhe o *dever de abstenção de interferência nas esferas jurídicas dos cidadãos*; (b) a *segunda geração* emergiria com o “Estado Social de Direito”, que teve seus embriões no início do século XX mas cuja consolidação se deu após a Segunda Guerra

---

<sup>1</sup> A expressão é de TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p. 24-25.

Mundial, modelo no qual direitos dos trabalhadores e direitos a prestações fáticas como saúde, educação e assistência – batizados de “direitos sociais” – passaram a ser constitucionalmente recolhidos, com a característica primordial de impor *deveres de ação positiva e interventiva ao Estado*, para a promoção da igualdade material e da justiça social; (c) a *terceira geração*, nascida no último quarto do século XX, teria derivado da necessidade de tutela de bens jurídicos indivisíveis em uma sociedade de massa, tendo como traço distintivo a *titularidade transindividual – coletiva e difusa – dos direitos*, haja vista a impossibilidade de apropriação individual dos interesses por eles resguardados.

A doutrina, já há algum tempo, vem tecendo críticas procedentes a essa classificação, sob o *ponto de vista histórico*. De um lado, porque ela faz transparecer uma substituição paulatina da geração anterior pela subsequente, quando na realidade os direitos não previstos anteriormente complementam aqueles que já haviam sido salvaguardados, agregando novos conteúdos protetivos ao ser humano sem abandonar as pretensões jusfundamentais previamente tuteladas, formando um bloco de proteção indivisível. Essa complementaridade e indivisibilidade se verificariam, por exemplo, pelo fato de que sem condições materiais de existência digna, propiciadas pelos direitos sociais, as liberdades individuais não poderiam ser efetivamente exercidas.<sup>2</sup> De outro lado, porque essa construção retrata um quadro eurocêntrico e historiograficamente inadequado, visto que nem todos os Estados passaram por todas essas etapas, ou não vivenciaram a positivação de tais direitos nessa mesma ordem cronológica.

Alguns autores propõem, em razão disso, modificar a nomenclatura de *gerações* para *dimensões*, tentando afastar as aludidas impropriedades.<sup>3</sup> Mas a mudança, na prática, não altera em absolutamente nada o problema. Embora tais refutações sejam válidas, elas não constituem o principal defeito da classificação geracional dos direitos fundamentais. Não é preciso muito esforço para perceber que os direitos de liberdade continuam sendo albergados nas Constituições dos Estados verdadeiramente democráticos, ainda que com o advento dos direitos sociais e dos transindividuais, que logicamente não os substituíram, ou que a sequência supramencionada não reflete a experiência de todas as nações contemporâneas, tratando-se de uma generalização inidônea.

O grande prejuízo encontra-se no *plano jurídico-dogmático*, e deriva da suposição de que cada uma dessas “espécies” de direitos fundamentais possui caracteres jurídicos que lhe são próprios e que a distinguem das outras modalidades.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13.

<sup>3</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 45.

<sup>4</sup> Essa explicação, da qual se discorda frontalmente pelos motivos adiante expendidos, é apresentada por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, ao afirmar que “as três gerações, como o próprio termo *gerações* indica, são os grandes momentos de conscientização em que se reconhecem ‘famílias’ de direitos. Estes têm assim características jurídicas comuns e peculiares. Ressalve-se, no entanto, que, no concernente à estrutura, há direitos que, embora reconhecidos num momento histórico posterior, têm a que é típica de direitos de outra geração. Mas isso é um fenômeno excepcional”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24. Diferentemente do autor, o que se sustentará no presente trabalho é que a estrutura e as características de todos os direitos fundamentais é rigorosamente a mesma, não havendo qualquer excepcionalidade nisso.

---

Dessa explanação advêm *dois mitos*, que pairam sobre o senso comum teórico dos direitos fundamentais e consistem em verdadeiros entraves para a apreensão de sua complexidade (e, conseqüentemente, para a sua realização integral e não meramente parcial). Ambos conduzem a um prestigiamto da força jurídico-imperativa dos direitos chamados “de primeira geração”, pois só estes se amoldariam com perfeição aos caracteres da figura que confere ao cidadão o mais alto nível de proteção pelo Direito: o *direito subjetivo*.

O primeiro mito, decorrente da divisão entre a primeira e a segunda geração, é a ideia de que os direitos de liberdade prescindem de prestações positivas fáticas e normativas para a sua proteção, diferentemente dos direitos sociais, que careceriam de regulamentação do seu conteúdo e altos custos para serem implementados. Isso conferiria aos primeiros a condição de genuínos *direitos subjetivos* (*públicos*, porque oponíveis ao Estado), dotados de aplicação imediata e independente de lei integrativa, cuja satisfação total se alcançaria mediante uma ordem judicial de não fazer expendida ao Poder Público. Aos segundos, por sua vez, faleceria o *status* de verdadeiros *direitos subjetivos*, na plenitude do termo. Embora pudessem ser reivindicados judicialmente, sua efetivação dependeria da existência de regulamentação infraconstitucional e de disponibilidade orçamentária. Careceriam de aplicabilidade imediata, portanto. Contra esse mito, parte da doutrina e da jurisprudência acabou por opor o argumento de que se tratariam sim de autênticos direitos subjetivos, integralmente exigíveis na esfera judicial, tentando enquadrá-los nas categorias antes citadas, criadas no século XIX.<sup>5</sup> Tal proposta de combate, no entanto, revela-se também inapropriada e não resolve a questão.

O segundo mito está no reconhecimento de uma titularidade transindividual somente a determinados direitos, ditos “de terceira geração”. Essa noção induz ao entendimento de que certos direitos fundamentais são, por essência e em sua totalidade, titularizados somente por grupos determinados ou por uma coletividade indefinida. Seria o caso do meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Tais direitos não seriam passíveis de tutela judicial individual, mas somente por instrumentos processuais coletivos. Isso enfraqueceria a sua proteção jurídica, pois se inúmeros sujeitos têm igual interesse em sua tutela, seria impossível amoldá-los ao conceito de *direito subjetivo*, seja em sua feição privatista ou publicista, eis que um dos elementos essenciais dessa figura seria a atribuição de titularidade a um indivíduo determinado.

Esses dois mitos levam a uma *visão de túnel* dos direitos fundamentais: olha-se apenas para a função de defesa dos direitos de liberdade, para a função de prestação fática dos direitos sociais e para a titularidade transindividual dos direitos coletivos, quando na realidade todos ostentam essas três características. Por conta da complexidade de sua natureza jurídica e estrutura normativa, todos os direitos fundamentais reúnem concomitantemente a totalidade dos traços que supostamente seriam peculiares a cada uma das gerações: (i) impõem deveres negativos ao Estado; (ii) dirigem ao Poder Público obrigações de fornecer prestações fáticas e normativas; (iii) ostentam a titularidade transindividual alegadamente exclusiva dos “direitos de

---

<sup>5</sup> Valendo-se da figura do direito subjetivo para conferir efetividade às normas constitucionais programáticas no campo dos direitos fundamentais sociais: FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas:** normatividade, efetividade, operacionalidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 220 *et seq.*

terceira geração”, bem como, simultaneamente, a titularidade individual pretensamente típica dos “direitos de primeira e segunda geração”.

Já há tempos a doutrina vem criticando o primeiro mito, ao admitir que a imposição de condutas negativas e positivas (materiais e normativas) ao Estado é característica tanto dos direitos de liberdade quanto dos direitos sociais.<sup>6</sup> Mas em geral, os autores que a tecem não explicam como é que isso resolve a aparente dificuldade de aplicação imediata dos direitos fundamentais sociais. Normalmente, mesmo reconhecendo que os direitos de todas as gerações pressupõem deveres de ação e abstenção estatal, costumam sustentar que todos eles desfrutam de aplicabilidade direta, mas afirmam que o grau de exigibilidade das liberdades públicas é maior do que o dos direitos sociais.<sup>7</sup> Esse tema, todavia, não será objeto de investigação neste estudo.

O que se busca analisar no presente artigo é a questão da titularidade dos “DHESCA” – direitos humanos econômicos, sociais, culturais e ambientais, doravante sintetizados na expressão “direitos fundamentais sociais” – tais como educação, moradia, assistência social, saúde e proteção do meio-ambiente. Note-se que aqui não se está diferenciando direitos ditos de “segunda” e de “terceira geração”, uma vez que as confusões costumam ocorrer exatamente no campo dos chamados “direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais” e dos “direitos transindividuais” (coletivos e difusos, entre os quais habitualmente se inserem os direitos relacionados à proteção do meio-ambiente). A divergência existente nessa temática apresenta-se nos seguintes termos: (i) ao prever os direitos fundamentais sociais, a Constituição confere a sua titularidade aos cidadãos *individualmente*, permitindo a cada um exigir de maneira isolada a tutela administrativa e/ou judicial do bem jurídico em questão? Ou (ii) a titularidade de tais direitos é atribuída pelo ordenamento constitucional de forma *transindividual*, o qual a outorga a grupos determinados ou à coletividade globalmente considerada, possibilitando a reivindicação de sua proteção administrativa e/ou judicial somente pela via coletiva?

Em outras palavras, a polêmica reside em saber se os bens jurídicos protegidos constitucionalmente sob as vestes de direitos fundamentais sociais são divisíveis ou indivisíveis. No primeiro caso, estar-se-ia diante de direitos de titularidade individual, passíveis de ser tutelados singularmente. Na segunda hipótese, tratar-se-iam de direitos de titularidade transindividual, que só admitiriam proteção pelo sistema de tutela coletiva.

A controvérsia, ao que tudo indica, deriva da nomenclatura emprestada aos direitos sob exame - adjetivados de *sociais* - que poderia conduzir à ideia de que eles

---

<sup>6</sup> Entre outros: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 55 *et seq*; ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004. p. 24; KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 47; AMARAL, Gustavo. **Direitos, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 69 *et seq*.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia...** *Op. Cit.*, p. 268 e 271; SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmiento (Coords.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 593-594 e 597.

são titularizados apenas pela *sociedade*, de modo, portanto, *transindividual*. Seriam distintos dos tradicionais direitos *individuais*, cuja titularidade seria conferida ao *indivíduo* e permitiria a sua postulação isolada.<sup>8</sup> Nessa linha, a dúvida que surge é se o rótulo que o constituinte imprimiu ao Capítulo II (“Dos direitos *sociais*”) do Título II da Constituição diz respeito ou não à extensão da titularidade dos direitos ali consagrados. A relevância dessa discussão consiste no fato de que são extremamente frequentes na doutrina e na jurisprudência brasileira afirmações em ambos os sentidos. De um lado, há manifestações no sentido de que a titularidade dos direitos sociais é individual,<sup>9</sup> admitindo sua sindicabilidade judicial por um único cidadão. De outro, encontram-se aqueles que sustentam que a satisfação desses direitos só poderia ser realizada mediante um atendimento coletivo, criticando a concessão de prestações judiciais individuais.<sup>10</sup>

Uma demonstração dessa dicotomia pode ser observada a partir de duas pesquisas realizadas na jurisprudência de tribunais brasileiros sobre pedidos judiciais de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV, envolvendo, portanto, um direito fundamental social: a saúde. A primeira delas examinou todos os arestos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo a respeito do tema proferidos entre janeiro de 1997 e junho de 2004.<sup>11</sup> A segunda, realizada no ano de 2005, buscou todas as

---

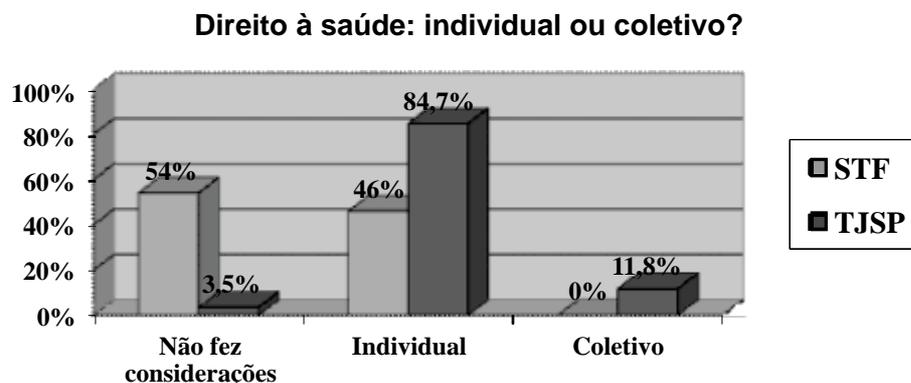
<sup>8</sup> Nesse sentido, Fernando Facury Scaff, após criticar a posição do STF que reconheceu a saúde como “um direito individual, que pode ser gozado diretamente por cada indivíduo”, sustenta que, com isso, “confunde-se *direitos individuais* com *direitos sociais*”. SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146-148.

<sup>9</sup> É o que sustenta Celso Lafer: “os assim chamados direitos de segunda geração, previstos pelo *welfare state*, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos - como o direito ao trabalho, à saúde, à educação - têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. O titular desse direito, no entanto, continua sendo, como nos direitos de primeira geração, o homem na sua individualidade” (LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 127). Parece também ser essa a posição de Carolina Zancaner Zockun, quando afirma que “todos os direitos fundamentais acolhidos na Constituição de 1988 (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva. (...) Logo, os direitos sociais não deixam de ser, em alguma medida, direitos individuais, pois se deve levar em consideração que o uso e o gozo desses direitos são de fruição singular”. ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 43. No mesmo sentido, tratando especificamente do tema da saúde, Fernando Mânica afirma que “é possível compreender o direito à saúde como um direito fundamental social individual”. MÂNICA, Fernando Borges. *Saúde: um direito fundamental social individual*. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, v. 1, Brasília, CMB, p. 21-34, jul./dez. 2011.

<sup>10</sup> Ao que tudo indica, é a posição de autores como Fernando Facury Scaff e José Reinaldo de Lima Lopes. Ambos negam a possibilidade de se exigir judicialmente prestações estatais individuais no campo da saúde, por considerá-la um direito social que deve ser satisfeito pelo Estado somente pela via coletiva, sob pena de ofensa à igualdade. Ver: SCAFF, Fernando Facury. *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 146. e LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 158-159.

<sup>11</sup> FERREIRA, Camila Duran; OLIVEIRA, Ana Carolina C. de; MACHADO, Ana Maria F.; NAHOUM, André V.; FERRÃO, Brisa L. de M.; CARDOSO, Evorah L. C.; FRANCO, Leandro A.; GUERRA, Marcele G.; BRAGA, Marco Aurélio C.; PUCCI, Rafael D.; BURANELLI, Vinícius C. *O Judiciário e as políticas*

decisões já exaradas pelo Supremo Tribunal Federal acerca da temática, encontrando ao todo 48 julgados.<sup>12</sup> Do total das decisões do TJSP, concluiu-se que em 84,7% o direito à saúde foi considerado como individual, em 11,8% como coletivo e em 3,5% não houve considerações a esse respeito. Na jurisprudência do STF, por sua vez, verificou-se que em 46% dos julgados o direito em apreço foi encarado como individual, em nenhum deles (0%) foi classificado como coletivo, e os demais 54% das decisões não mencionavam expressamente essa questão. Um gráfico extraído da segunda pesquisa, estabelecendo um quadro comparativo entre as duas investigações,<sup>13</sup> bem ilustra essas informações:



O debate, como se vê, gira em torno do enquadramento ou não dos direitos sociais na conceituação tradicional de direito subjetivo (ou de direito público subjetivo). Ocorre que os direitos fundamentais se configuram no atual Estado Constitucional de Direito como uma categoria jurídica autônoma, dotada de um regime jurídico especial, dadas as características peculiares que informam essa espécie de direitos. E um desses traços particulares é a sua estrutura normativa bidimensional. Além de conferirem posições *subjetivas* ao cidadão no marco de uma relação jurídica com o Estado, que autoriza o titular individualizado a exigir determinadas condutas ativas e passivas do destinatário, os direitos fundamentais expendem deveres *objetivos* ao Poder Público que o obrigam a proporcionar condições de exercício e de proteção de tais direitos, independentemente de provocação do particular. Essa última perspectiva escapa à noção de direito subjetivo e reclama maiores atenções quanto aos seus

públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS. In: **Prêmio Ipea 40 anos - IPEA-CAIXA 2004**: monografias premiadas. Brasília: IPEA, 2005.

<sup>12</sup> Os julgados encontrados pela pesquisa citada foram: (i) acórdãos: RE 242.859/RS; RE 264.269/RS; AgRE 273.834/RS; AgRE 255.627/RS; AgRE 273.042/RS; AgRE 281.080/RS; AI Agr 486.816/RJ; AgRE 271.286/RS; AgRE 257.109/RS; AgRE 268.479/RS; AgRE 259.508/RS; (ii) decisões monocráticas: RE 310031/SP; STA 34/SP; AI 396.973/RS; RE 234.016/RS; RE 253.454/RS; RE 280.642/RS; RE 273.042/RS; RE 247.352/RS; RE 246.262/RS; RE 244.087/RS; RE 237.367/RS; AI 232.469/RS; RE 370.959/RS; AI 418.320/RS; RE 259.415/RS; RE 293.379/RS; RE 298.993/RS; RE 281.080/RS; RE 247.119/RS; AI 286.933/RS; RE 277.573/RJ; RE 278.402/SP; RE 241.630/RS; RE 247.095/RS; RE 276.640/RS; RE 271.286/RS; RE 270.890/RS; RE 253.741/RS; AI 238.328/RS; RE 273.834/RS; RE 247.900/RS; RE 248.300/RS; RE 234.017/RS; RE 246.242/RS; RE 232.335/RS; RE 236.644/RS; RE 267612/RS. BARBOSA, Mariana Gracioso. O Supremo Tribunal Federal e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV. **Revista Jurídica**, v. 9, n. 88, Brasília, Presidência da República, p. 01-39, dez./2007-jan./2008. p. 13. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_88/MonoDisTeses/MarianaBarbosa.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_88/MonoDisTeses/MarianaBarbosa.pdf)>. Acesso em 15 jan. 2013.

<sup>13</sup> BARBOSA, Mariana Gracioso. O Supremo Tribunal Federal... *Op. Cit.*, p. 15.

efeitos jurídicos. Portanto, a discussão precisa avançar. É nesses termos que o assunto deve ser tratado: deixando de lado a querela reducionista sobre a possibilidade de associar os direitos sociais à condição de direitos subjetivos, para, em vez disso, observar em que medida esse duplo caráter – subjetivo e objetivo – dos direitos fundamentais influencia na questão da sua titularidade individual ou transindividual.

O reconhecimento dessa dúplici dimensão dos direitos fundamentais – é preciso frisar – não é novidade. Como se verá na sequência, é tema que já vem sendo de há muito mencionado no plano teórico, encontrando inclusive algum eco na jurisprudência estrangeira. Aliás, é comum e constante nas obras que se debruçam sobre o estudo dos direitos fundamentais a referência ao duplo caráter – subjetivo e objetivo – desses direitos. Porém, se de tais características não for possível extrair consequências jurídicas bem definidas e relevantes, a menção a elas pode, de um lado, tornar-se supérflua. Afirmar genericamente que além de conferir uma posição jurídica subjetiva os direitos fundamentais integram o Direito objetivo, pois derivam de um preceito normativo, seria uma obviedade. De outra parte, a alusão à dupla perspectiva dos direitos fundamentais que seja carente de precisões teóricas poderia funcionar como um coringa “no jogo da ciência jurídico-constitucional, válido para quase todas as situações de emergência”.<sup>14</sup> Para negar ou para justificar a concessão judicial de uma pretensão jusfundamental pelo seu titular, bastaria alegar que a pretensão jurídica em questão ostenta uma dimensão subjetiva, a qual autorizaria a sua exigibilidade, ou que a aspiração postulada integra apenas a sua dimensão objetiva, não sendo passível de reivindicação direta pela via jurisdicional.

Assim, verifica-se a necessidade de aprofundar essa discussão, com vistas a responder a indagação antes apresentada. Inicialmente, este estudo apresentará uma premissa essencial à compreensão das propostas formuladas na sequência: a distinção entre *direito fundamental como um todo* (sentido amplo) e *pretensão jurídica jusfundamental* (sentido estrito), bem como o significado da *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais (item 2). A partir dessas noções, serão dois os principais objetivos deste artigo. O primeiro (item 3) se trata da tentativa de explicar que algumas das pretensões decorrentes de um determinado direito fundamental revelam-se como posições subjetivas exigíveis individualmente, ao passo que outras encontram-se associadas à dimensão objetiva do direito, ostentando titularidade transindividual. Diante disso, todo direito fundamental, quando considerado em sua integralidade, exibirá tanto uma faceta individual quanto uma feição transindividual, a depender da pretensão em análise. O segundo escopo (item 4) consiste em tecer uma crítica ao intento de se enquadrar de forma genérica os direitos fundamentais em alguma das categorias previstas da legislação processual civil brasileira (individual, coletivo, difuso ou individual homogêneo), haja vista que um mesmo direito enfeixa pretensões jurídicas distintas.

## 2. A MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DISTINÇÃO ENTRE “DIREITO FUNDAMENTAL COMO UM TODO” E “PRETENSÕES JURÍDICAS JUSFUNDAMENTAIS”

<sup>14</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 108.

Uma das razões que conduz a ciladas no território dos direitos fundamentais é a falta de percepção a respeito da distinção entre enunciado normativo, norma e direito fundamental. O primeiro se trata do próprio texto normativo, é dizer, da expressão linguística deduzida na disposição legal, constitucional ou regulamentar. A segunda deriva de uma construção hermenêutica resultante da interpretação de um ou mais enunciados normativos. E o terceiro consiste no bem jurídico protegido pela norma. Em um único dispositivo constitucional (*enunciado normativo*) é possível que estejam alojadas múltiplas *normas* e diversos *direitos fundamentais*. É o caso do art. 6º da Constituição Federal, que recolhe direitos como assistência, moradia e alimentação.<sup>15</sup> E o contrário também é verdadeiro: uma única *norma*, protetiva de um *direito fundamental*, pode nascer de uma interpretação combinada de uma variedade de *enunciados normativos*.<sup>16</sup> O conteúdo da norma que tutela o direito à educação, por exemplo, é fruto de uma combinação de diferentes disposições constitucionais: (i) o inciso IV do art. 206, que assegura sua gratuidade em estabelecimentos oficiais; (ii) o inciso VII do art. 206, que impõe a “garantia de padrão de qualidade”; (iii) o inciso I do mesmo artigo, que institui como princípio a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; (iv) o inciso III do art. 208, ao salvaguardar o atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência; (v) o já mencionado art. 6º, que o alberga genericamente posicionando-o no catálogo formal de direitos fundamentais; entre outras.

As disposições normativas que têm por objeto os direitos fundamentais apresentam-se de formas muito variadas. Algumas delas criam ou reconhecem direitos, como é o caso do art. 5º, XXXIV, “a” (direito de petição). Outras afirmam a proteção jurídica de determinados valores, como se passa com o art. 5º, VI (inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença). Há, ainda, aquelas que impõem explicitamente, desde logo, obrigações positivas e negativas para a tutela dos bens jurídicos jusfundamentais por elas resguardados, como ocorre com o art. 5º, L (dever de criação de condições para que as presidiárias permaneçam com os filhos durante a amamentação) e LII (proibição de extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião).

Nada obstante essa variedade na forma como são constitucionalmente tutelados os direitos fundamentais, os enunciados normativos que sobre eles versam possuem ao menos três aspectos comuns: (i) primeiramente, por dirigirem de modo explícito ou implícito ao Poder Público, destinatário imediato ou mediato desses direitos<sup>17</sup>, ordens jurídicas de fazer ou não fazer; (ii) em segundo lugar porque, ainda que de formas distintas, tais disposições investem os seus titulares - indivíduos, agrupamentos determináveis ou uma coletividade indeterminada - em posições jurídicas de vantagem relativas à fruição dos bens jurídicos que elas visam a tutelar; (iii) finalmente, pelo fato de retirarem da esfera de deliberação democrática do legislador

---

<sup>15</sup> Constituição da República Federativa do Brasil (1988): “**Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

<sup>16</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 52, nota nº 36.

<sup>17</sup> Mesmo nos casos de direitos fundamentais incidentes nas relações interprivadas, a disposição constitucional impõe ao Estado o dever de tutelá-los no âmbito jurídico, especificando as formas de seu exercício, e de protegê-los contra os particulares nos casos de descumprimento.

(ordinário e constituinte) a possibilidade de eliminar tanto as obrigações por elas impostas ao Estado, quanto as situações juridicamente vantajosas que conferem aos cidadãos.<sup>18</sup>

Frente a tais considerações, poder-se-ia pensar que as normas veiculadoras de direitos fundamentais seriam idênticas àquelas que, no Direito Privado, outorgam *direitos subjetivos* aos seus destinatários, com exceção do terceiro elemento acima referido (proteção do seu objeto contra a eliminação por maiorias parlamentares eventuais). A lógica de sua aplicação, por consequência, seguiria a mesma sorte que presidia a racionalidade própria do modelo forjado no século XIX: descumprida a obrigação e afetada a situação de vantagem do titular do direito, a este (sujeito individual determinado) caberia a propositura da ação judicial correspondente. Sendo assim, nos casos de violação, tudo seria simples. Qualquer inobservância aos deveres impostos pelas normas de *direitos fundamentais* seria passível de correção pelo Poder Judiciário. Eventuais questionamentos quanto à transposição da categoria *direito subjetivo* ao campo dos direitos fundamentais e quanto à resolução judicial dos conflitos gerados pelo seu descumprimento seriam respondidos com a pergunta: “se assim ocorre no Direito Privado, possibilitando o resguardo da integridade da esfera jurídica do titular do direito subjetivo, por que haveria de ocorrer de maneira diversa no Direito Público?”.

A melhor forma de iniciar a demonstração da impossibilidade de transpor de forma simplificada e descuidada o conceito tradicional de *direito subjetivo* ao plano dos direitos fundamentais é respondendo a indagação acima. Embora a arquitetura dos *enunciados normativos* possa parecer similar se analisada sob a perspectiva que animou a pergunta retórica acima, a estrutura jurídica das *normas* de direitos fundamentais, derivada da construção resultante de uma interpretação sistemática de tais enunciados, ostenta uma engenharia diferenciada que as caracteriza e distingue das demais. Cuida-se de uma especificidade dessa espécie de direitos.

Uma mesma norma de direito fundamental pode ser observada sob dois prismas diversos. Se vista pela óptica *subjetiva* – do titular do bem jurídico protegido – ela enfeixa uma multiplicidade de posições jurídicas autônomas que atribuem a ele situações de vantagem. Se examinada pela perspectiva *objetiva* – do objeto que ela visa a tutelar – a norma faz espargir um plexo de deveres jurídicos ao Estado, impondo-lhe diversas obrigações expressas ou implícitas quanto à salvaguarda do direito fundamental, independentemente de qualquer reivindicação subjetiva por parte do seu titular. Sob esse segundo ponto de vista, a norma jusfundamental compele objetivamente o Poder Público a criar condições reais e efetivas de fruição daquele bem jurídico pelos cidadãos, instituindo nos planos fático e jurídico estruturas organizacionais e mecanismos procedimentais adequados para a sua proteção contra investidas estatais e dos particulares, e ferramentais aptos a permitir que os seus titulares exijam do Estado a adoção de medidas positivas para a sua integral realização. Como se perceberá a seguir, a segunda dimensão – objetiva – restará ignorada se os direitos fundamentais forem pensados tão-somente como direitos subjetivos. O tema será aprofundado no item 3.

A fusão entre essas duas dimensões (*subjetiva* e *objetiva*) das normas

<sup>18</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições...** *Op. Cit.*, p. 54.

garantidoras de direitos fundamentais permite observar a sua *multifuncionalidade*. Trata-se de uma visão ampla, que viabiliza o estabelecimento de uma radiografia da *norma* jusfundamental, nela incluindo o amálgama de pretensões jurídico-subjetivas e deveres objetivos dedutíveis expressa e implicitamente dos inúmeros *enunciados normativos* que versam sobre um mesmo direito fundamental. Ela possibilita enxergar o direito fundamental *como um todo*.<sup>19</sup> Uma mesma norma, resultante de uma interpretação sistemática de vários dispositivos, apresenta múltiplas funções ligadas ao respeito, proteção e promoção do mesmo bem jurídico considerado essencial pela Constituição.

Assim, quando observado o direito fundamental em sentido amplo, ele se desdobra em várias funções: (i) de defesa contra investidas do Estado; (ii) de prestações materiais, fornecidas no mundo dos fatos; (iii) de prestações normativas, ligadas à proteção do direito fundamental contra ações de outros particulares e à criação de órgãos, instituições e procedimentos que viabilizem de forma universalizada o desempenho das demais funções.

Tome-se como exemplo o direito à saúde. Da interpretação sistemática dos enunciados constitucionais que versam sobre ele nasce um *direito fundamental* em sentido amplo que, se visto *como um todo*, congrega diversas *pretensões jurídicas jusfundamentais* com diferentes funções: (i) a liberdade de escolher as práticas diagnósticas, os métodos terapêuticos e os medicamentos que o titular do direito irá utilizar, restando vedada qualquer imposição estatal nesse sentido (*função de defesa*); (ii) o fornecimento de serviços médicos ambulatoriais ao cidadão (*função de prestação fática*); (iii) a criação de órgãos e pessoas jurídicas, como postos de saúde e hospitais públicos, bem estruturados para o atendimento da população em geral (*função de organização*); (iv) a elaboração de normas administrativas que regulamentem os requisitos para a distribuição gratuita de medicamentos pelo Estado, inclusive com a confecção das listas de medicamentos que integram o componente básico da Assistência Farmacêutica (*função de procedimento*); (v) a definição de uma política de vigilância sanitária, que fixe normas proibitivas à comercialização de produtos e insumos que possam causar risco à saúde, fiscalizando a sua regular observância pelos particulares (*função de proteção*).

O mesmo se diga em relação ao direito à educação. Na sua condição de direito fundamental como um todo, ele engloba diversas pretensões jurídicas específicas, tais como: (i) a liberdade de aprender e ensinar, sendo defesa a imposição de métodos educacionais pelo Estado (*função de defesa*); (ii) a prestação de atendimento educacional especializado aos deficientes (*função de prestação fática*); (iii) a criação de órgãos e pessoas jurídicas que ofereçam gratuitamente o serviço público de educação (*função de organização*); (iv) a regulamentação de como se dará o acesso igualitário aos estabelecimentos públicos de ensino, tais como as universidades (*função de procedimento*); (v) a criação de normas que definam critérios de padrão de qualidade, bem como a sua fiscalização pelo órgão competente, para impedir que a exploração dessa atividade pelos particulares seja realizada abaixo dos níveis adequados (*função de proteção*). Nos exemplos citados, cada uma dessas pretensões jurídicas pode ser identificada em um dispositivo específico da Constituição Federal (art. 206, I, II, IV, VII e art. 208, III).

<sup>19</sup> Terminologia formulada por ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 214.

Feitas essas considerações conceituais a propósito da distinção entre *enunciado normativo*, *norma* e *direito fundamental*, e analisada a estrutura jurídica complexa das normas de direito fundamental (composta por uma dupla dimensão - *objetiva* e *subjéctiva* - e caracterizada por sua *multifuncionalidade*), impõe-se um quarto esclarecimento: a diferenciação entre “direito fundamental” e “pretensão jurídica jusfundamental”.

Se observado o direito fundamental *como um todo*, pode-se perceber que dele decorrem multifárias *pretensões jurídicas*. Ou seja: uma compreensão global do direito fundamental como a acima referida, que parte de uma *norma* resultante da construção hermenêutica derivada de diversas disposições constitucionais, a ele irá associar uma pluralidade de posições jurídicas subjéctivas que podem ser reclamadas pelo seu titular - embora nem todas pela via individual. Logo, num sentido amplo um *direito fundamental* se apresenta como um conjunto de *pretensões jurídicas* que o ordenamento constitucional assegura aos cidadãos. Ocorre que, numa acepção estrita, cada uma dessas pretensões jurídicas isoladamente consideradas também pode ser chamada de direito fundamental. Retomando um dos exemplos antes oferecido, o direito à educação considerado *como um todo* (sentido amplo) engloba todas as pretensões jurídicas já mencionadas; mas a pretensão jurídica de acesso gratuito ao serviço público de educação básica, vista singularmente, não deixa de ser igualmente um direito fundamental (sentido estrito).

De forma simplificada: se analisada a norma *como um todo*, a partir do conjunto de pretensões jurídicas por ela asseguradas, trata-se de um *direito fundamental em sentido amplo*; se tomada apenas uma das *pretensões jurídicas* dela emanadas, de forma isolada, cuida-se de um *direito fundamental em sentido estrito* (ou *posição de direito fundamental*).<sup>20</sup>

Impõe-se admitir que essa distinção nem sempre é percebida. Quando alguém menciona o “direito à saúde” de forma genérica, é impossível dizer *a priori* se ele pode ou não ser postulado judicialmente por um sujeito individual. A que se está referindo exatamente? Ao direito fundamental à saúde como um todo (sentido amplo) ou a uma pretensão jurídica isolada, decorrente da norma jurídica que o consagra (sentido estrito)? Nesse último caso, a qual das diversas posições jurídicas dela derivadas se está aludindo? Se a resposta for “à pretensão de criação de uma estrutura organizacional para a prestação eficiente do serviço (v.g., hospital público) e adequada fruição da saúde pelos cidadãos”, a solução é uma; se for “à pretensão de fornecimento gratuito de medicamento inserido na Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)”, a solução será outra.

Algumas pretensões jurídicas jusfundamentais, associadas à dimensão subjéctiva do direito, podem ser postuladas individualmente. Outras, ligadas à sua perspectiva objetiva, só poderão ser reivindicadas por meio dos instrumentos de tutela coletiva, e desde que observados alguns requisitos que serão esboçados posteriormente. O que desde já importar salientar é que, diante dessas características especiais de que gozam os direitos fundamentais, é insuficiente e inapropriado tentar *reduzi-los* (e não elevá-los, como poderia parecer) à condição de direitos subjéctivos

---

<sup>20</sup> Em sentido similar: BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 81-82.

individuais como estratégia para garantir a sua satisfação judicial. Isso poderá levar a atentados contra o princípio da igualdade, quando for concedida apenas para um jurisdicionado medida que deveria ser estendida a todos os titulares da mesma pretensão jusfundamental. Ou implicar óbices à sua efetivação integral, por se tratar de um modo de pensar que ignora a existência de pretensões jurídicas derivadas da dimensão objetiva, titularizadas por grupos e coletividades, que poderiam ser pleiteadas pelo sistema de processos coletivos (e que não se ajustam aos esquemas tradicionais do direito subjetivo individual).

A impossibilidade de se associar automaticamente *direito fundamental* e *direito subjetivo individual* não significa, nesse influxo, enfraquecer a sua proteção jurídica. Pelo contrário: um *direito fundamental* será sempre *mais* do que um mero *direito subjetivo*, concebido segundo o prisma tradicional.<sup>21</sup> E isso por dois motivos: (i) primeiro, porque quando considerado *como um todo* (sentido amplo), ele não engloba apenas uma, mas sim uma gama de pretensões jurídicas jusfundamentais (sentido estrito) que poderiam, *grosso modo*, ser consideradas como direitos subjetivos; (ii) segundo, porque além dessa dimensão subjetiva, a norma de direito fundamental apresenta uma perspectiva objetiva, que endereça implicitamente ao Estado, independentemente de determinações expressas ou de postulação subjetiva dos seus titulares, deveres objetivos de proporcionar as condições materiais e jurídicas adequadas para a tutela e exercício efetivos desses direitos, protegendo-os contra investidas estatais e particulares e criando mecanismos procedimentais que tornem possível a sua posterior exigibilidade subjetiva.

Por outro lado, conceber os direitos fundamentais necessariamente como *direitos subjetivos* significaria renegar a algumas das posições jurídicas específicas a eles associadas (sentido estrito) o *status* de autênticos direitos fundamentais. Se para ostentar essa condição fosse imprescindível o enquadramento na categoria de direito subjetivo, aquelas parcelas do direito fundamental como um todo que se apresentam como deveres objetivos de ação estatal (*v.g.*, função de proteção contra violações por particulares) não poderiam ser reconhecidas como pretensões jurídicas jusfundamentais.

Portanto, o grande problema que gera graves confusões nessa temática está no fato de que, muitas vezes, alude-se ao direito fundamental *como um todo* (sentido amplo) para se discutir se é possível exigi-lo judicialmente ou não. Faz-se uma menção genérica ao direito (*v.g.*, direito à moradia, direito à educação...), sem demonstrar quais são as *posições de direitos fundamentais* (direito fundamental em sentido estrito) que estão englobadas pela norma jusfundamental em questão. Às vezes, por falta de concreção normativa, é difícil identificar claramente quais são os direitos fundamentais em sentido estrito (*posições jurídicas*) que derivam de determinada norma. Em outras palavras: há casos em que não se sabe com precisão quais relações jurídicas são estabelecidas pela norma de direito fundamental.

É preciso, pois, diferenciar as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, como pressuposto para verificar a questão relativa à titularidade (individual ou transindividual) desses direitos, e suas possíveis formas de tutela.

---

<sup>21</sup> Segundo Jorge Reis Novais, a categoria jurídica de direito subjetivo “não esgota estruturalmente o conceito de direito fundamental”. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições...** *Op. Cit.*, p. 57.

### 3. A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO FACETA TRANSINDIVIDUAL INERENTE A TODOS ELES

A proposta de se reconhecer um radical subjetivo a todos os direitos fundamentais (inclusive os sociais), que ganhou corpo no Brasil após a promulgação da Constituição de 1988, teve como meta possibilitar a sua sindicabilidade judicial. Representou, pois, uma estratégia voltada ao abandono da concepção que negava força jurídico-normativa às disposições constitucionais e, por consequência, gerava uma situação de desamparo ao titular de um direito fundamental social cuja fruição não era assegurada pelo Estado, em razão de sua inércia.<sup>22</sup>

O problema que se vivenciou no Brasil em um período subsequente, marcado por um ativismo judicial desenfreado,<sup>23</sup> não derivou simplesmente dessa construção teórica – a qual, como se verá, não se revela inadequada à realidade contemporânea. Afinal, os direitos sociais detêm, de fato, uma perspectiva subjetiva. As vicissitudes experimentadas pelo Poder Judiciário nacional advieram da centralização do campo de análise dos direitos fundamentais sociais a essa dimensão subjetiva. Convencidos de que os direitos sociais, como os demais direitos fundamentais, enquadravam-se na definição de direitos subjetivos, alguns juízes passaram a admitir a concessão judicial individualizada de pretensões jurídicas cuja titularidade era transindividual (difusa ou coletiva).

O que parece ter ocorrido foi a absorção apenas parcial do discurso doutrinário pela jurisprudência. Assimilou-se a explicação - realmente acertada - a respeito do caráter subjetivo dos direitos fundamentais, mas sem a incorporação concomitante do significado e dos efeitos jurídicos da feição objetiva de tais direitos. E com isso, passou-se a admitir a subjetivização individual de pretensões jusfundamentais de natureza transindividual - as quais, embora produzam efeitos jurídicos relevantes, nem sempre autorizam a postulação fracionada da prestação estatal, por conta de seu caráter indivisível. Nessa linha, concorda-se com Ingo Wolfgang Sarlet quando aponta que no Brasil, diferentemente do que se passa na Espanha e em Portugal, “a referida perspectiva objetiva dos direitos fundamentais ainda não foi objeto de estudos mais aprofundados, encontrando, por isso, tímida mas crescente (em termos qualitativos e quantitativos) aplicação”.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Um dos principais exemplos de defesa dessa estratégia de combate é a obra de Luís Roberto Barroso, ao afirmar que as normas constitucionais definidoras de direitos encaixam-se perfeitamente no esquema conceitual de *direito subjetivo*, baseado nas ideias de *dever jurídico*, *violabilidade* e *pretensão*. Sustenta o autor que o Estado, ao descumprir o dever jurídico ao qual se encontra constitucionalmente vinculado, violando o direito conferido ao cidadão que o titulariza, gera a este último a possibilidade de postular o cumprimento das prestações positivas e negativas que incumbiam ao Poder Público, inclusive mediante a propositura de ação judicial. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 100-101.

<sup>23</sup> O tema dos excessos do ativismo judicial no Brasil, com a apresentação de dados estatísticos a propósito dos impactos orçamentários das condenações judiciais em matéria de direito à saúde, foi explorado no artigo: HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013. p. 351-353. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417/324>. Acesso em 15/08/2013.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 141.

Faz-se necessária, assim, uma perquirição atenta acerca do conteúdo e das consequências jurídicas concretas que podem ser deduzidas da dimensão objetiva dos direitos fundamentais (3.1.), a fim de demonstrar que nela reside a titularidade transindividual inerente a todos esses direitos (3.2.).

### 3.1 DA DIMENSÃO SUBJETIVA À PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: IDENTIFICAÇÃO DE EFEITOS JURÍDICOS RELEVANTES

Os direitos fundamentais, em sua roupagem contemporânea, podem ser encarados sob dois prismas distintos. O primeiro e mais tradicional enfoque diz respeito à sua dimensão *subjetiva*: concebe as disposições definidoras de direitos fundamentais como normas constitucionais atributivas de uma posição jurídica subjetiva, que investe o seu titular na prerrogativa de exigir do destinatário da pretensão o cumprimento de uma determinada prestação positiva ou negativa. O segundo viés enxerga as normas de direitos fundamentais por uma perspectiva *objetiva*. Vistas por essa óptica, tais determinações constitucionais não se limitam a veicular direitos subjetivos: elas incorporam, para além disso, um conteúdo valorativo de natureza objetiva, que desencadeia efeitos jurídicos autônomos e diferenciados, transcendendo a estrutura relacional própria dos direitos subjetivos.<sup>25</sup>

No que diz respeito à dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, grande parte da doutrina a associa ao conceito de direito público subjetivo,<sup>26</sup> ou, simplesmente, de direito subjetivo. São autores que sustentam que essa perspectiva compreende “todas as faculdades suscetíveis de referência individual”, ao passo que a dimensão objetiva se limitaria apenas aos efeitos jurídico-normativos aos quais não correspondem direitos individuais.<sup>27</sup> Contudo, o raciocínio apresenta-se equivocado, pois a noção de *direito fundamental* representa uma categoria jurídica própria, que não precisa ser enquadrada no conceito de *direito subjetivo* nem ostentar *titularidade individual* para que possua exigibilidade.

A explicação pode ser resumida da seguinte forma: (i) os direitos fundamentais, quando considerados *como um todo*, enfeixam uma multiplicidade de pretensões jurídicas jusfundamentais, que dirigem deveres de distintas naturezas ao Estado (respeito, proteção e promoção); (ii) algumas dessas pretensões jurídicas, quando derivam de uma relação jurídica bem delineada, com a definição precisa do titular do direito, do sujeito obrigado e do conteúdo da prestação negativa ou positiva a ser demandada, apresentam uma *dimensão subjetiva*, que autoriza a sua exigibilidade pela via administrativa ou judicial; (iii) tais pretensões, dotadas de um radical subjetivo autorizador de sua sindicabilidade, podem possuir titularidade individual ou transindividual. Por esses motivos, é inadequado e insuficiente associar a dimensão

<sup>25</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2008. p. 63; GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales**: el art. 10.1 CE. Barcelona: Bosch Editor, 2011. p. 63.

<sup>26</sup> É o caso de GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. **Derechos fundamentales y garantías institucionales**: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública). Madrid: Civitas, 1994. p. 40, nota nº 32, e de GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 67.

<sup>27</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 110.

subjetiva dos direitos fundamentais à noção de “direito subjetivo” e considerar necessária sua “titularidade individual”, já que tal racionalidade não engloba a ideia de multifuncionalidade dos direitos fundamentais, nem admite com igual intensidade a tutela (e, por consequência, a exigibilidade) de pretensões de natureza transindividual.<sup>28</sup> O tema será objeto de maior atenção no item 4.

Em suma: compreender os direitos fundamentais em sua acepção *subjetiva* significa admitir que ao seu titular - que pode ser um sujeito individual, um grupo determinado ou uma coletividade indeterminável - é possível exigir em face do destinatário, pela via administrativa ou judicial, o cumprimento dos seus interesses protegidos pelo ordenamento jurídico na forma de bens jusfundamentais. Um dos traços que a peculiariza está, pois, na *exigibilidade* da prestação negativa ou positiva necessária à tutela do direito fundamental - e, portanto, independe de seu perfeito enquadramento nas estreitas amarras do conceito tradicional de direito subjetivo ou da possibilidade de ser reconduzível a um titular individual, singularmente determinado.

Portanto, uma das notas distintivas básicas entre as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais é o fato de que a primeira confere a um titular a possibilidade de exigir judicialmente o atendimento do dever jurídico objetivamente imposto ao Estado. Mas isso é apenas uma consequência da principal característica que peculiariza a perspectiva subjetiva: o estabelecimento de uma *relação jurídica* bem definida entre cidadão e Estado e a atribuição de uma *posição subjetiva* àquele, que acrescenta à sua esfera jurídica uma situação de vantagem na fruição de um bem jusfundamental, merecedora de tutela do Poder Público contra agressões estatais ou de outros particulares.

A dimensão *objetiva* dos direitos fundamentais, por sua vez, é menos perceptível do que a subjetiva.<sup>29</sup> Talvez por isso não seja tão invocada pela jurisprudência quanto essa última. A respeito da temática vertente, importa analisar: (a) a *fundamentação* e o *significado* da dimensão objetiva dos direitos fundamentais; (b) as *teorias* que permitiram a visualização desses direitos para além de sua perspectiva subjetiva; (c) o *reconhecimento jurisprudencial* dessa dimensão por algumas decisões pioneiras; (d) os *efeitos jurídicos* desencadeados pelo caráter objetivo dos direitos fundamentais.

(a) A *fundamentação* para o reconhecimento do prisma objetivo dos direitos fundamentais decorre da relevância de seu objeto<sup>30</sup>. Pelo fato de tais direitos tutelarem interesses e bens jurídicos determinantes para a ordem social, os deveres estatais de protegê-los transbordam da relação subjetiva estabelecida entre Poder Público e cidadão, assumindo a feição de princípios objetivos destinados a impulsionar a atuação de ofício do Estado e projetar o seu conteúdo axiológico por todo o ordenamento jurídico. Da dimensão objetiva é possível deduzir efeitos jurídicos autônomos derivados da norma de direito fundamental. Nessa medida, ela exerce uma função complementar

---

<sup>28</sup> Assim, afasta-se neste estudo da leitura de José Joaquim Gomes Canotilho, que vincula a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais à noção de direito subjetivo individual. Cf.: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1256-1257.

<sup>29</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 63.

<sup>30</sup> GAVARADE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 11-12.

à dimensão subjetiva,<sup>31</sup> já que nem sempre o conteúdo jurídico-normativo do direito fundamental se esgotará na relação jurídica bilateral “posição subjetiva do cidadão”/“dever correlativo do Estado”.

O *significado* da faceta objetiva consiste no fato de que as consequências jurídicas da norma que assegura o direito fundamental como um todo (sentido amplo) ultrapassam o vínculo subjetivo cidadão-Estado e fazem impender sobre o Poder Público incumbências e obrigações gerais, necessárias a possibilitar o adequado e integral exercício das pretensões jurídicas jusfundamentais (direitos fundamentais em sentido estrito) de todos os cidadãos. Nesse sentido, a feição objetiva dos direitos fundamentais diz respeito à necessidade de protegê-los mediante a adoção de medidas, pelo Estado, que se apliquem à generalidade dos casos que envolvem os bens jurídicos por eles resguardados. Desde tal ponto de vista, deixa-se de conferir realce apenas à singularidade ou individualidade próprias das posições jurídicas subjetivas.<sup>32</sup>

A identificação dessa perspectiva dos direitos fundamentais provém da compreensão, difundida no período pós-guerras, de que o conjunto desses direitos representa uma ordem axiológica capaz de legitimar o sistema constitucional, servindo de fundamento e limitação à atuação dos Poderes Públicos e espraiando-se expansivamente por todo o ordenamento estatal. Os valores deles emanados passam a costurar o tecido normativo constitucional e infraconstitucional, orientando a compreensão e a interpretação de todos os princípios e regras integrantes da ordem jurídica. Sob esse viés, entende-se que mesmo dos enunciados constitucionais que objetivam, primariamente, investir o cidadão em uma posição jurídica subjetiva, é possível inferir conteúdos normativos objetivos e autônomos, aplicáveis inclusive fora de uma relação direta entre o Estado e indivíduo titular do direito em questão.<sup>33</sup> Vale dizer: mais do que simples restrições ao exercício do poder político pelo Estado, os direitos fundamentais se transformam ao longo do século XX, tornando-se um conjunto valorativo que passa a dirigir a atuação positiva dos poderes constituídos,<sup>34</sup> exatamente porque encarnam valores básicos da sociedade que se revelam como fundamentos de toda a ordem jurídico-política.<sup>35</sup>

A admissão dessa perspectiva derivou do desenvolvimento de algumas teorias de direitos fundamentais que buscavam apartar-se da lógica liberal-subjetivista-individualista, vinculada à natureza negativa ou defensiva desses direitos, que norteava a sua concepção forjada no século XIX. Possibilita-se, assim, a superação de um paradigma atrelado exclusivamente, em sua essência, a uma compreensão oitocentista de direitos fundamentais como posições jurídicas subjetivas, titularizadas

---

<sup>31</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998. p. 239.

<sup>32</sup> GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch Editor, 2010. p. 13.

<sup>33</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 58.

<sup>34</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007. p.

21.

<sup>35</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales... Op. Cit.**, p. 63.

por indivíduos, que podem ser judicialmente exigidas contra um Estado infrator de liberdades públicas.

(b) Ao longo do século XX, algumas *teorias* emergentes na transição entre os modelos liberal e social de Estado de Direito começam a identificar novas feições para as Constituições, que não mais se restringem à tutela de direitos subjetivos e individuais e passam a reconhecer nas disposições constitucionais uma função protetiva de valores coletivos. Entre tais construções teóricas, pode-se mencionar: (b.1.) a *teoria das garantias institucionais* de Carl Schmitt; (b.2.) a *teoria da Constituição como ordem de valores* de Rudolf Smend; (b.3.) a *concepção institucional* de direitos fundamentais de Peter Häberle; (b.4.) a *teoria social* dos direitos fundamentais.

(b.1.) Uma das primeiras manifestações teóricas que buscou admitir a existência de proteção constitucional a valores coletivos, fora do esquema liberal e individualista de direitos subjetivos, foi a noção de *garantias institucionais* de Carl Schmitt.<sup>36</sup> O autor afirmava que a regulação constitucional de determinadas matérias, que pretendia impedir a sua supressão do ordenamento jurídico pela via legislativa ordinária, nem sempre tinha por objeto direitos fundamentais. Poderia, também, visar à proteção das garantias institucionais, que para Schmitt se tratava de uma figura jurídica distinta.<sup>37</sup>

Essas garantias representariam uma salvaguarda à essência das conformações jurídicas de determinadas instituições (públicas) ou institutos (privados), tais como o casamento, a propriedade e a autonomia universitária. A fixação do conteúdo dessas instituições e institutos pela Constituição estaria blindada contra eventuais desnaturações de sua estrutura efetuadas pelo legislador ordinário. As garantias institucionais seriam essa proteção conferida aos traços característicos de institutos constitucionalmente construídos, em face de leis corrosivas de suas vigas mestras. A ideia, portanto, era a de que a Constituição vincula o legislador não apenas quando enuncia direitos, mas também nos casos em que consagra instituições públicas (v.g., autonomia municipal) ou institutos privados (v.g., família). Ditas garantias imporiam ao Poder Legislativo um dever de respeito às instituições constitucionalmente contempladas, operando em duas frentes: (i) de um lado o impediriam de suprimi-las; (ii) de outro, reclamariam o resguardo de um conteúdo eficaz mínimo, sem o qual a sua existência seria meramente formal. Nesse último sentido, as garantias institucionais restringiriam a liberdade de conformação do legislador, proibindo eventuais regulamentações legais que desnaturassem o seu núcleo essencial.<sup>38</sup>

É importante frisar que, embora se trate de uma teoria que buscava reconhecer a tutela constitucional de valores coletivizados, na formulação original de Carl Schmitt direitos fundamentais e garantias institucionais se tratavam de categorias claramente distintas. Nem mesmo os direitos subjetivos que derivassem de tais garantias institucionais se tratavam de categorias claramente distintas. Nem mesmo os direitos subjetivos que derivassem de tais garantias poderiam ser encarados como direitos

---

<sup>36</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social**: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. São Paulo, 2003. 172 f. Tese de Livre-Docência - Depart. de Direito Econômico e Financeiro - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. f. 19.

<sup>37</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1927. p. 197-202.

<sup>38</sup> Díez-Picazo, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 60.

fundamentais genuínos. Para o autor, “o autêntico direito fundamental parte do dado do indivíduo com sua esfera de liberdade ilimitada em princípio”, ao passo que “uma instituição não pode ser tomada de maneira semelhante”.<sup>39</sup>

No entanto, alguns autores contemporâneos associam o prisma objetivo dos direitos fundamentais à figura das garantias institucionais. Afirmam que tais complexos jurídico-normativos protegidos contra a ação do legislador ordinário podem dizer respeito a instituições ligadas aos direitos fundamentais (v.g., imprensa livre) ou não (v.g., autonomia municipal). Na primeira hipótese, costuma-se dizer que a dimensão objetiva desses direitos impõe ao Estado-legislador a proibição de desfigurar os contornos normativos essenciais de instituições relacionadas com posições jusfundamentais. Os efeitos jurídicos decorrentes de tal perspectiva se revelariam, portanto, como garantias institucionais.<sup>40</sup>

Outros autores, de modo diverso, sustentam que todas as consequências que atualmente se buscam extrair da teoria das garantias institucionais para aplicar ao campo dos direitos fundamentais<sup>41</sup> podem ser, de forma mais simples, deduzidas autonomamente do seu caráter objetivo, isto é, da sua condição de princípios objetivos ou valores superiores do ordenamento jurídico. Isso tornaria completamente desnecessário recorrer em matéria de direitos fundamentais à categoria das garantias institucionais, devendo esta expressão ficar reservada às instituições recolhidas constitucionalmente que devem estar garantidas contra a atividade do legislador.<sup>42</sup>

(b.2.) A teoria das garantias institucionais, comumente lembrada quando se fala da natureza objetiva dos direitos fundamentais, merece referência mais por ter admitido a existência de uma tutela constitucional de valores coletivos do que por ter, efetivamente, associado essa transindividualidade aos direitos fundamentais - pois, como visto, não o fez. A primeira teoria que realmente operou essa associação foi a *teoria da Constituição como ordem de valores*, de Rudolf Smend.<sup>43</sup>

A teoria de Smend, sob a égide da Constituição de Weimar, objetivou emprestar ao conjunto de direitos e liberdades fundamentais por ela enunciados a finalidade de inspirar a interpretação de todo o sistema jurídico-político. Por meio de seu conteúdo valorativo, tais direitos teriam o condão de promover uma integração da ordem democrática. Trata-se de uma leitura que compreende os direitos fundamentais, para além de sua feição individual e defensiva, como valores objetivos que guiam todo o sistema jurídico e que, mercê de sua tutela constitucional, dirigem-se ao Estado e a todos os particulares impondo-lhes a obrigação de respeitá-los e observá-los.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución...** *Op. Cit.*, p. 201.

<sup>40</sup> Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 135.

<sup>41</sup> V.g., vinculação dos Poderes Públicos ao conteúdo dos direitos fundamentais, limites à atividade do legislador, deveres estatais de propiciar condições reais e efetivas para o seu exercício, etc.

<sup>42</sup> GALLEGRO ANABITARTE, Alfredo. **Derechos fundamentales y garantías institucionales...** *Op. Cit.*, p. 267-270.

<sup>43</sup> O tema é desenvolvido em SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. p. 43-127.

<sup>44</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 64.

A adesão a essa concepção de direitos fundamentais ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, como forma de contraposição ao formalismo jurídico que, apartando a ética do Direito, possibilitou as atrocidades nazistas. Uma das principais virtudes dessa teoria está em apontar as inconsistências da concepção positivista dos direitos fundamentais. Ao reconhecer a axiologia inerente a estes últimos, a teoria dos valores reconecta a Constituição formal com a Constituição material, alçando os direitos fundamentais à condição de princípios legitimadores do sistema jurídico-político.<sup>45</sup>

Cumprir observar que essa visão, que encara a Constituição como ordem de valores, não propugna uma suposta ausência de normatividade constitucional. Pelo contrário. Ela pressupõe que as normas nela contidas - notadamente as que consagram direitos fundamentais - não se tratam apenas de disposições formais passíveis de posterior regulamentação técnica pela legislação ordinária. Para além de sua validade formal, a carga axiológica inerente ao conteúdo substancial de tais normas confere uma legitimação material à Constituição, reforçando com isso a sua imperatividade jurídica.<sup>46</sup>

(b.3.) Outra teorização que contribuiu para a afirmação da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais foi a *concepção institucional*, difundida especialmente por Peter Häberle.<sup>47</sup> Distintamente do pensamento de Carl Schmitt, que distinguia nitidamente direitos fundamentais e garantias institucionais, a formulação de Häberle imprime uma natureza institucional aos próprios direitos fundamentais, reunindo em um único conceito duas figuras que antes se apresentavam em contraposição.<sup>48</sup>

Segundo tal teoria, para além da tradicional feição subjetivo-individual de tais direitos, eles apresentariam antes de tudo um caráter institucional objetivo, consistente na sua condição de institutos jurídicos garantidos constitucionalmente. E essa condição exige, consoante a visão institucionalista, que se atribua aos fins supraindividuais um papel importante na interpretação das normas de direito fundamental, devendo-se outorgar uma relevância relativamente menor aos princípios vinculados a bens individuais e um peso relativamente alto aos princípios ligados a bens coletivos.<sup>49</sup> Em razão disso, os direitos fundamentais deveriam ser limitados em sua faceta individual para reforçar a sua perspectiva institucional.<sup>50</sup> Assim, a fruição das pretensões subjetivo-individuais de seus titulares seriam consequências de uma proteção reflexa, oriunda do adequado cumprimento do dever estatal de salvaguardar os direitos

---

<sup>45</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 304-305.

<sup>46</sup> GAVARADE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 62.

<sup>47</sup> HÄBERLE, Peter. **Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale**. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993. p. 115-174.

<sup>48</sup> HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003. p. 74; 93-96.

<sup>49</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 501.

<sup>50</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...** *Op. Cit.*, p. 1398.

fundamentais em sua qualidade de institutos jurídicos objetivos.<sup>51</sup>

A *teoria institucional* também deriva das novas necessidades dos direitos fundamentais no Estado Social, diante das insuficiências das compreensões criadas no marco do Estado Liberal. Ao identificar um duplo caráter aos direitos fundamentais, essa concepção afirma que o conteúdo desses direitos deve funcionalizar-se a partir de sua dimensão institucional para alcançar das metas sociais e coletivas plasmadas no tecido constitucional. Sob essa visão, os direitos sociais se revestem de natureza plenamente vinculante, ao dirigir ao Estado o dever de estabelecer o aparato institucional e prestar os serviços públicos necessários à efetivação dos postulados sociais e democráticos fixados constitucionalmente.<sup>52</sup>

A crítica mais incisiva à concepção institucionalista consiste na sobrevalorização conferida à dimensão objetivo-institucional dos direitos fundamentais em detrimento de sua perspectiva subjetiva, o que poderia suscitar um enfraquecimento da garantia das liberdades individuais por estarem condicionadas à realização de interesses coletivos.<sup>53</sup> Para os críticos dessa visão, tal teorização conduziria à ideia de que, em última instância, o que deveria receber tutela seria a instituição e não o próprio exercício do direito, ocasionando uma inversão da lógica de proteção constitucional dos direitos fundamentais.<sup>54</sup>

(b.4.) Finalmente, a *teoria social* dos direitos fundamentais contribui definitivamente para a construção de sua dupla dimensão. No quadro dos Estados Sociais e Democráticos de Direito, consolidados com maior vigor após a Segunda Guerra Mundial, ampliam-se qualitativamente o objeto e a esfera de proteção dos direitos fundamentais. A garantia das liberdades individuais contra ingerências estatais arbitrárias continua necessária e merecedora de aprimoramentos, mas se revela insuficiente. A previsão dos direitos fundamentais passa a exigir do Estado o fornecimento de condições materiais e efetivas para o seu real exercício, que permitam a inserção e integração social do cidadão, com a superação de situações de necessidade.

A tese básica que subjaz à teoria social é a de que os direitos fundamentais têm como função a criação ou manutenção de estruturas sociais que proporcionem a máxima oportunidade possível para o desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, propiciando os subsídios fáticos necessários à fruição adequada das liberdades asseguradas no plano jurídico.<sup>55</sup> O elemento social deixa de ser encarado como algo externo e passa a ser concebido como um componente constitutivo da liberdade. Em contraposição ao que propunha a teoria liberal dos direitos fundamentais, essa concepção enxerga a intervenção estatal não como um limite,

<sup>51</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 59-62.

<sup>52</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho...** *Op. Cit.*, p. 306.

<sup>53</sup> SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 139-140, nota 362.

<sup>54</sup> Crítica realizada por MARTINS, Maria D'Oliveira. **Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais.** Coimbra: Almedina, 2007. p. 186.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 499.

---

mas como uma forma de promoção de tais direitos.<sup>56</sup>

Nesse cenário, a inclusão dos direitos sociais nas Constituições mostra-se emblemática. Além de conferirem pretensões jurídicas subjetivas aos seus titulares, tais direitos, para que possam ser gozados devidamente em sua integralidade, pressupõem atuações do legislador e da Administração Pública que viabilizem de modo universal o seu exercício pleno por todos os cidadãos. Com isso, deixam os direitos fundamentais de ser encarados somente desde o ponto de vista de sua titularidade individual (dimensão *subjetiva*), passando a ser compreendidos como fundamentos do sistema normativo, verdadeiras diretrizes constitucionais que orientam de maneira objetiva a atividade dos Poderes Públicos para o atendimento dos bens jurídicos por eles tutelados (dimensão *objetiva*).<sup>57</sup>

Essa valorização dos direitos fundamentais em sua condição de deveres objetivos, que ultrapassa a sua compreensão restrita à ideia de direito subjetivo, é característica da transformação experimentada por esses direitos com a passagem de um modelo liberal para um paradigma de Estado Social e Democrático de Direito.<sup>58</sup>

(c) Quanto ao *reconhecimento jurisprudencial* da feição objetiva dos direitos fundamentais, a doutrina costuma referir-se ao caso *Lüth*, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão em 1958, como uma das primeiras manifestações judiciais a propósito do tema. Na ocasião, a Corte reconheceu que dos direitos fundamentais emana um conteúdo axiológico juridicamente vinculante, cujos efeitos se espraiam por todo o ordenamento jurídico e condicionam a interpretação das normas infraconstitucionais. De tais direitos, portanto, decorre uma ordem objetiva de valores que opera como diretiva para a tomada de decisões da Administração Pública, do legislador e do juiz, incidindo, ademais, nas relações travadas entre os particulares. O desrespeito de um ato jurídico - regido por qualquer ramo do Direito - à axiologia que irradia desses direitos importará inconstitucionalidade.

Essa referência originária ao caráter objetivo dos direitos fundamentais emergiu com a discussão sobre a aplicabilidade desses direitos nas relações interprivadas. Questionava-se, no caso *Lüth*, se seria possível a invocação direta de tais direitos em face de outros cidadãos (e não contra o Estado), ou se eles incidiriam somente de maneira mediata, através das cláusulas gerais previstas pelas leis de Direito Privado. A Corte Constitucional alemã entendeu que a interpretação de cláusulas gerais enunciadas em leis de Direito Privado, como os “bons costumes” referidos no art. 826 do Código Civil germânico, deve ser realizada à luz dos valores emanados dos direitos fundamentais.

Para alguns autores, como Ingo Wolfgang Sarlet, o caso *Lüth* apenas prosseguiu uma tendência já manifestada em julgados anteriores da Corte Federal Constitucional alemã, no sentido de que os direitos fundamentais, para além de constituírem direitos subjetivos das pessoas, apresentam-se também como “decisões valorativas de

---

<sup>56</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição...** Op. Cit., p. 1399.

<sup>57</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** Op. Cit., p. 65-66.

<sup>58</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** Op. Cit., p. 151.

natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos”.<sup>59</sup>

Cumpra citar, ademais, a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Espanhol em um dos primeiros anos de seu funcionamento: a *Sentencia* nº 25/1981. Nela a Corte consigna expressamente que os direitos fundamentais ostentam um caráter duplo: para além de sua faceta subjetiva, eles também se revelam como componentes essenciais do ordenamento objetivo da comunidade nacional, em sua condição de “marco de uma convivência humana justa e pacífica, plasmada historicamente (...) no Estado social e democrático de Direito”.<sup>60</sup>

(d) Uma vez examinados os fundamentos e significados da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, as teorias que permitiram a sua identificação e algumas das decisões que consagraram a sua recepção jurisprudencial, cabe agora delinear alguns de seus *efeitos jurídicos* concretos. Isso porque, de nada adianta propalar a existência de tal dimensão se dela não for possível deduzir implicações juridicamente relevantes.<sup>61</sup>

A doutrina costuma aludir a diversos desdobramentos distintos oriundos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Sem prejuízo das demais consequências jurídicas que poderiam ser mencionadas, importa destacar: (d.1.) a *eficácia jurídica de vinculação* ínsita à totalidade das normas constitucionais; (d.2.) a possibilidade de *proteção do titular do direito contra si mesmo*; (d.3.) a produção de uma *eficácia irradiante*, que espraia o conteúdo axiológico de tais direitos por todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional e condiciona a interpretação do sistema normativo à observância dos valores jusfundamentais; (d.4.) a imposição aos Poderes Públicos de *deveres autônomos de proteção* dos direitos fundamentais. Para os fins a que se destina a presente pesquisa, os dois últimos efeitos suscitam maiores repercussões, razão pela qual serão mais amplamente desenvolvidos, ao passo que sobre os dois primeiros se fará apenas breve registro.

(d.1.) Em primeiro lugar, da matriz objetiva dos direitos fundamentais provêm aquelas decorrências que são inerentes a todas as normas constitucionais, independentemente de versarem sobre direitos fundamentais, tais como: (i) orientar a integração das lacunas do ordenamento jurídico; (ii) vincular o legislador futuro; (iii) impedir a recepção de legislação infraconstitucional anterior; (iv) constituir parâmetros

<sup>59</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Idem*, p. 143.

<sup>60</sup> Confira-se trecho da decisão: “Los derechos fundamentales tienen un doble carácter. En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un «status» jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia. Pero al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art. 1.1)”. ESPANHA. Tribunal Constitucional. *Sentencia* nº 25/1981 del Tribunal Constitucional, Pleno, 14 de Julio de 1981.

<sup>61</sup> Nesse sentido, Juan Carlos Gavara de Cara alerta que, embora o Tribunal Constitucional espanhol já tenha reconhecido esse duplo caráter dos direitos fundamentais (como na decisão citada na nota anterior), nem sempre são extraídas consequências jurídicas da identificação de uma dimensão objetiva. GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 22-23.

para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos posteriores à Constituição.<sup>62</sup> Nesse ponto, aplica-se a lógica já sedimentada pela doutrina a propósito da *eficácia jurídica de vinculação* das normas constitucionais.<sup>63</sup>

(d.2.) Em segundo lugar, do prisma objetivo das normas jusfundamentais emana a possibilidade de o Estado *proteger contra o seu próprio titular* os interesses e bens jurídicos por elas resguardados. A condição de valor objetivo comunitário, inerente a qualquer direito fundamental, proíbe que o próprio cidadão que o titulariza atente contra ele por ação ou por omissão, autorizando em tais situações a intervenção estatal contra a vontade do particular.<sup>64</sup>

Sob esse ponto de vista, os direitos fundamentais transcendem a condição de faculdades jurídico-subjetivas conferidas constitucionalmente a um indivíduo que as exerce contra o Estado, para serem encarados como valores sociais compartilhados por uma comunidade. Estes, para que sejam salvaguardados, limitam a própria autonomia da vontade do titular do direito e não só autorizam como também reclamam a interferência do Poder Público para assegurar a sua integridade. É o caso, para aludir a exemplos reiteradamente citados, da educação obrigatória para crianças e da imposição do uso de cinto de segurança em automóveis e de capacete em motocicletas.<sup>65</sup> Há que se levar em conta, no entanto, o risco de que essa implicação conduza a um paternalismo excessivo por parte do Estado, que possa descambar em uma restrição desproporcional dos direitos fundamentais ao invés de conferir-lhes uma proteção adequada.<sup>66</sup>

(d.3) A *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais, por sua vez, também deriva da sua condição de valores essenciais de uma sociedade, característica que os confere o *status* de verdadeiras “bases da ordem jurídica da coletividade”.<sup>67</sup> Eles constituem “os

---

<sup>62</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 255-256.

<sup>63</sup> Ver, sobre o tema: CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000. p. 320-321 e MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica). **Revista de Direito Público**, nº 99, São Paulo, p. 115-127, jul./set. 1991. p. 116.

<sup>64</sup> GAVARADE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>65</sup> Sobre tais exemplos, ver: DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 336.

<sup>66</sup> Nesse influxo, Luís Roberto Barroso disserta sobre a dignidade da pessoa humana como valor comunitário, afirmando que sob esse aspecto tal princípio autoriza a imposição de restrições à autonomia pessoal, visando à realização - dentre outros objetivos - da proteção dos direitos e da dignidade do próprio indivíduo. Após alertar sobre os perigos do paternalismo, o autor oferece uma série de exemplos reais verificados em decisões judiciais prolatadas por tribunais de diferentes países. Entre eles: (i) o caso do arremesso de anão, julgado pelo Conselho de Estado francês; (ii) o caso do *peep show*, julgado pelo Tribunal Administrativo Federal da Alemanha; (iii) o caso do tratamento jurídico conferido à prostituição, analisado pela Corte Constitucional da África do Sul, pela Suprema Corte do Canadá e pela Corte Constitucional da Colômbia; (iv) o caso dos encontros sadomasoquistas, apreciado pela Câmara dos Lordes no Reino Unido; entre outros. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 87-98.

<sup>67</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional...** *Op. Cit.*, p. 239.

pressupostos do consenso sobre o qual se deve edificar qualquer sociedade democrática”<sup>68</sup>, o que lhes atribui um conteúdo legitimador das formas constitucionais do Estado de Direito. Por isso, os direitos fundamentais imprimem a substância axiológica que deve obrigatoriamente marcar um Estado material de Direito, em que a mera existência de determinadas formas e procedimentos atinentes à organização do poder e às competências dos órgãos estatais não se afigura suficiente para a garantia da legitimidade estatal, tornando-se necessário fixar objetivos, parâmetros e limites da atividade do Estado, a partir dessa vinculação de cunho substancial.<sup>69</sup>

Assim, este reflexo da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais se revela na proteção de determinados valores pela ordem jurídica, por meio de normas jusfundamentais, que se apresentam como faróis para a interpretação e orientação da compreensão das disposições normativas constitucionais e infraconstitucionais. Desse fato - de que as normas de direitos fundamentais albergam valores essenciais - deriva a obrigação de todos os Poderes Públicos de adotar a axiologia a eles subjacente como diretiva para a aplicação de toda e qualquer norma, legitimando juridicamente os atos estatais consonantes com esse conteúdo valorativo e inquinando de invalidade as ações que lhe forem contrárias.

Ou seja: em virtude das características acima descritas, os direitos fundamentais irradiam o seu conteúdo jurídico-valorativo para todas as direções do sistema normativo, deixando de constituir meros limites ao agir estatal para se transformar em verdadeiro norte da atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. E essa expansão eficaz dos direitos em questão, decorrente de sua faceta objetiva, compele os poderes constituídos a interpretar todas as normas jurídicas à luz dos valores substanciais emanados dos direitos fundamentais. É essa, portanto, a principal consequência jurídica da eficácia irradiante dos direitos fundamentais: ela impõe ao Poder Público o dever de que todas as disposições inscritas no ordenamento jurídico sejam, no momento de sua aplicação, interpretadas pelo operador do Direito “com novas lentes, que terão as cores da dignidade humana, da igualdade substantiva e da justiça social, impressas no tecido constitucional”.<sup>70</sup>

Essa irradiação dos direitos fundamentais por todo o sistema de normas se manifesta, segundo o seu alcance, de duas formas: (i) mediante uma *projeção interna* à Constituição, que orienta a compreensão dos enunciados constitucionais, delimitando no campo hermenêutico os contornos jurídicos dos direitos fundamentais e auxiliando a demarcação de sua dimensão subjetiva; (ii) por meio de uma *projeção externa* à Constituição, que estende a incidência do conteúdo axiológico desses direitos a todas as normas jurídicas infraconstitucionais, vinculando a interpretação de todas as disposições normativas legais e administrativas.<sup>71</sup>

<sup>68</sup> PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 21.

<sup>69</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 59 e 61.

<sup>70</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 279.

<sup>71</sup> GAVARADE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 21 e 72.

Um exemplo concreto dessa manifestação, tanto no âmbito interno à Constituição quanto no âmbito externo, encontra-se no aresto do Supremo Tribunal Federal que reconheceu como família a união estável entre pessoas do mesmo sexo<sup>72</sup>. A Constituição Federal, em seu art. 226, §3º, reconhece textualmente como entidade familiar “a união estável entre o homem e a mulher”. Não faz qualquer menção literal às uniões homoafetivas. A Corte, no entanto, reinterpreto o dispositivo constitucional à luz do direito fundamental à liberdade de orientação sexual, o qual foi deduzido dos princípios da dignidade da pessoa humana, da isonomia e da autonomia da vontade, bem como dos direitos fundamentais à intimidade e à vida privada. Conferiu, dessa maneira, uma proteção ao conteúdo axiológico que subjaz a tais direitos e que transcende uma relação jurídico-subjetiva entre indivíduo e Estado.

<sup>72</sup> Confirmam-se alguns trechos da ementa do acórdão: “(...) 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. (...) Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. (...) Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. (...) Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEM RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE 'ENTIDADE FAMILIAR' E 'FAMÍLIA'. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. (...) A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. (...) Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem 'do regime e dos princípios por ela adotados', *verbis*: 'Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte'. (...) 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA 'INTERPRETAÇÃO CONFORME'). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2011. Divulgado em: 13.10.2011. Publicado em: 14.10.2011.

Logo, pode-se dizer que a decisão do STF operou-se com lastro na *projeção interna* dos referidos direitos sobre as demais disposições constitucionais, que acabou por condicionar a hermenêutica do art. 226, §3º da Constituição em prol da tutela dos valores jusfundamentais da liberdade, da igualdade e da dignidade. O julgado fundou-se, também, na *projeção externa* dos direitos supracitados sobre o ordenamento infraconstitucional, pois promoveu uma interpretação do art. 1.723 do Código Civil<sup>73</sup> conforme aos direitos fundamentais recolhidos na Lei Maior, afastando de tal dispositivo legal qualquer significação indevidamente discriminatória, que fosse suscetível de impedir o reconhecimento das uniões entre pessoas do mesmo sexo como família. Com isso, a decisão estendeu aos casais homoafetivos o direito à proteção jurídica de sua união estável por meio das mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva - ainda que o texto constitucional não contemple de forma explícita qualquer direito fundamental subjetivo a esse reconhecimento. Daí por que falar-se de uma função complementar da perspectiva objetiva em relação à dimensão subjetiva:<sup>74</sup> aquela agrega a esta uma garantia mais ampla em relação aos direitos fundamentais, possibilitando pela via interpretativa uma tutela mais robusta, capaz de recobrir situações não expressamente abrangidas por enunciados normativos atributivos de direitos subjetivos.

O efeito jurídico ora em comento ostenta redobrada incidência no campo da interpretação de cláusulas gerais e termos jurídicos indeterminados abrigados no texto constitucional ou na legislação infraconstitucional, tais como moralidade, boa-fé, função social da propriedade, interesse público, eficiência administrativa, entre tantos outros.<sup>75</sup> O conteúdo jurídico de tais expressões passa a ser compulsoriamente recheado com a axiologia inerente aos direitos fundamentais. E assim, o significado das fórmulas legais fluidas passa a ser necessariamente extraído de uma interpretação sistemática presidida pelos valores ínsitos aos bens jurídicos jusfundamentais.

Em matéria de atuação administrativa, tal implicação jurídica adquire especial importância. Isso porque, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais: (i) faz com que os agentes, órgãos e entidades públicos, ao se depararem com termos jurídicos indeterminados, tenham obrigatoriamente que interpretá-los em um sentido favorável à maximização do conteúdo dos direitos fundamentais; (ii) nos casos de competências discricionárias, reduz sobremaneira o espaço de discricionariedade da Administração Pública, limitando sua margem de opções àquelas que concretizem de maneira ótima os direitos fundamentais.

(d.4.) Outro efeito jurídico da feição objetiva dos direitos fundamentais consiste na imposição, ao Estado, de *deveres autônomos de respeito, proteção e promoção* de tais direitos independentemente da posição jurídico-subjetiva que eles confirmam ao cidadão. Explica-se. A previsão constitucional de um direito fundamental, em virtude de

---

<sup>73</sup> Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002): “**Art. 1.723.** É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

<sup>74</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 109.

<sup>75</sup> SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais... *Op. Cit.*, p. 284.

sua dimensão subjetiva, pode instituir uma relação jurídica bilateral entre indivíduo e Estado, atribuindo ao cidadão o direito a algo e ao Poder Público um dever correspondente de satisfazê-lo. A face objetiva de tal direito faz com que a obrigação estatal persista mesmo que se abstraia a posição subjetiva de um determinado cidadão e a relação jurídica estabelecida entre ele e o Estado. Ou seja: por mais que nenhum dos titulares daquele direito o exija administrativa ou judicialmente, continuarão os poderes constituídos obrigados a resguardá-los e a criar condições adequadas ao seu exercício e à fruição dos bens jurídicos por eles protegidos. Essa manifestação da perspectiva objetiva parte da relação jurídica cidadão-Estado para identificar o dever jurídico constitucionalmente imposto a este último, abstraindo-a em seguida para reconhecer a permanência de uma obrigação transindividual que ultrapassa os vínculos subjetivos e relacionais observados à primeira vista.

Tome-se como exemplo o direito fundamental à assistência social. Uma das posições jurídico-subjetivas que dele deriva consiste na pretensão de concessão estatal de um salário mínimo aos idosos e às pessoas com deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou de tê-la provida por sua família (art. 203, V, da Constituição Federal). Independentemente de qualquer postulação realizada pela via judicial por um cidadão que preencha tais condições exigidas constitucionalmente, sobre o Estado recaem os deveres objetivos de organizar um sistema de seguridade social, fixar o seu orçamento, estabelecer quais serão as fontes para o seu custeio, distribuir competências a órgãos e entidades públicas para a prestação desse serviço público de maneira adequada, entre tantos outros. Vale dizer: o caráter objetivo do direito fundamental à assistência social faz com o Poder Público esteja obrigado a criar condições reais e efetivas para o seu exercício, ainda que nenhum dos seus titulares invoque a dimensão subjetiva desse direito para exigir do Estado o seu atendimento.

Essa consequência jurídica do prisma objetivo dos direitos fundamentais deriva da evidência de que a efetividade plena desses direitos não se esgota na sua enunciação pelo constituinte. Ela carece de configurações normativas elaboradas primariamente pelo legislador e secundariamente pela Administração, bem como de uma atuação espontânea desta última e reacional da jurisdição,<sup>76</sup> sempre com vistas a uma proteção otimizada dos direitos constitucionalmente albergados. Logo, das normas de direitos fundamentais dimana também a incumbência, destinada a todos os poderes constituídos, de adotar de maneira generalizada todas as providências legislativas, direitos.<sup>77</sup> A esse efeito está associada a incidência direta das normas jusfundamentais na atividade do Poder Público. Ainda que os contornos desses direitos possam ser regulados infraconstitucionalmente, para densificar o seu conteúdo e agregar-lhes novos elementos de proteção, essa disciplina normativa legal e administrativa não constitui condição para o desencadeamento de sua eficácia jurídica.

<sup>76</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales...** *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>77</sup> GAVARADE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva...** *Op. Cit.*, p. 80.

A grande relevância desse efeito jurídico da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais consiste em compelir o Estado a atuar *preventivamente* para, de um lado, evitar a sua violação por outros particulares e, de outro, tornar realmente viável o seu exercício pelos titulares de pretensões subjetivas jusfundamentais.<sup>78</sup> Isso implica deveres de criar: (i) normas legais e administrativas regulamentando os critérios para o exercício dos direitos fundamentais; (ii) estruturas organizativas que permitam a sua fruição; (iii) normas que protejam os bens jurídicos por eles resguardados contra atuações dos particulares, estabelecendo sanções administrativas, cíveis, penais, etc.; (iv) mecanismos procedimentais e processuais que possibilitem aos titulares reivindicar a efetivação do direito, inclusive contra o próprio Estado; (v) condutas fáticas e materiais que satisfaçam tais direitos. E ditos deveres – repise-se – existem à margem de qualquer situação concreta, isto é, mesmo que o Estado não seja provocado por qualquer titular desses direitos para adotar alguma das medidas acima descritas.

Por isso se justifica falar-se em deveres *autônomos* de proteção: além da obrigação estatal de tutelar as situações jurídicas derivadas da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, em que o titular (sujeito ativo) exige do destinatário (sujeito passivo) uma prestação positiva ou negativa a que tem direito (objeto da relação jurídica), pesa sobre o Poder Público um dever *autônomo* de proteção, que independe de qualquer reivindicação subjetiva de tutela.

Entre esses deveres estatais de proteção, como dito, encontra-se a imposição concreta endereçada ao Estado de tutelar os direitos fundamentais contra intervenções indevidas de outros particulares. Nessa seara, compete ao Poder Público criar mecanismos de tutela desses bens jurídicos, como normas de Direito Administrativo e Direito Penal, por exemplo, para vedar e sancionar a sua violação por outros sujeitos privados. Cuida-se da tarefa de zelar pela proteção integral dos direitos fundamentais, que podem ser agredidos não apenas pelo Estado, mas também pelos particulares.

Esse dever recai primeiramente sobre o legislador, o qual detém a legitimidade para fixar com força normativa primária proibições e obrigações aos cidadãos, cominando penalidades às respectivas transgressões. Inclusive pode empreender, para esse fim, pré-ponderações entre direitos fundamentais eventualmente conflitantes, instituindo previamente qual deles deverá prevalecer em caso de colisão.<sup>79</sup> Secundariamente, tal obrigação incide também sobre a Administração Pública, inclusive nos casos em que o legislador tiver descumprido tal incumbência, impelindo-a a agir autonomamente para resguardar os bens jurídicos jusfundamentais contra ameaças de outros particulares. Aqui, no entanto, sua atuação normativa será mais restrita do que a do legislador, pois estará proibida de inovar originalmente no

<sup>78</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 148.

<sup>79</sup> Uma ilustração dessa afirmação encontra-se nas normas do Código Penal que tratam do aborto. Ao tipificar no art. 124 como crime a prática de aborto provocado pela própria gestante, o legislador realizou uma pré-ponderação entre os direitos à liberdade, intimidade e autonomia privada da mãe e o direito à vida do nascituro, concluindo pela prevalência deste último e conferindo-lhe proteção contra intervenções da progenitora ofensivas ao bem jurídico jusfundamental do feto. Já no art. 128 do mesmo Código, o legislador operou outra pré-ponderação, chegando a resultado diverso: nos casos de aborto necessário (inexistência de outro meio de salvar a vida da gestante) e de gravidez oriunda de estupro, concluiu pela preponderância dos direitos fundamentais da mãe, outorgando-lhes maior proteção.

---

ordenamento jurídico quando o seu objetivo for restringir um determinado direito fundamental em homenagem à proteção de outro, sob pena de afastar o princípio da legalidade administrativa de maneira arbitrária, porque ablativa à esfera jurídica dos indivíduos.

### 3.2 A TRANSINDIVIDUALIDADE COMO CARACTERÍSTICA COMUM A TODOS OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A POSSIBILIDADE DE RESSUBJETIVIZAÇÃO DA DIMENSÃO OBJETIVA

Uma vez compreendidas as principais peculiaridades da estrutura normativa bidimensional dos direitos fundamentais, impende enfrentar o questionamento aventado na introdução deste estudo: os direitos fundamentais sociais desfrutam de titularidade individual ou transindividual? Podem ser demandados judicialmente pela via individual ou somente pelas ferramentas de tutela coletiva?

Neste trabalho considera-se inadequado acolher com exclusivamente uma das respostas acima ventiladas. A proposta aqui sustentada é a de que: (i) em razão do duplo caráter dos direitos fundamentais (subjetivo e objetivo), bem como de sua multifuncionalidade, cada norma de direito fundamental dirige ao Estado uma plêiade de deveres jurídicos distintos, gerando, em contrapartida, uma variedade de pretensões jurídicas jusfundamentais; (ii) algumas dessas pretensões, ligadas a um único direito fundamental, são titularizadas por indivíduos determinados e singularmente considerados, ao passo que outras, decorrentes do mesmo direito, gozam de titularidade transindividual (relacionada a um grupo determinado ou a uma coletividade indeterminável). Em outras palavras: se considerado o direito fundamental *como um todo* (sentido amplo), é possível afirmar que todos eles, independentemente do rótulo ou classificação que se lhes dê (civis, políticos, sociais, econômicos, culturais, ambientais, etc.), exibem simultaneamente uma titularidade individual e transindividual, já que algumas das pretensões que deles derivam se enquadram na primeira hipótese e outras na segunda.

A questão será a seguir explanada a partir dos seguintes aspectos: (a) a transindividualidade decorrente dos *efeitos jurídicos do prisma objetivo* dos direitos fundamentais; (b) a transindividualidade proveniente de determinadas funções dos direitos fundamentais (*multifuncionalidade*); (c) a *ressubjetivização da dimensão objetiva* como fator atributivo de transindividualidade aos direitos fundamentais.

(a) Dos *efeitos jurídicos da perspectiva objetiva* inerente a todos os direitos fundamentais decorre uma titularidade transindividual que estará sempre presente nessa espécie de direitos. Como se disse no tópico anterior (3.1), uma das virtudes da faceta objetiva consiste na percepção de que, para além das posições jurídico-subjetivas que as normas jusfundamentais possam atribuir aos seus titulares, elas consagram valores e fins cuja persecução é obrigatória aos Poderes Públicos, por impulso de ofício. É nesse ponto que se manifesta o caráter transindividual de todos os direitos fundamentais: eles excedem a titularidade individual que venha a ser conferida pela disposição normativa, integrando o conteúdo valorativo nuclear da Constituição, o qual deve necessariamente nortear a atuação jurídica e política dos poderes

constituídos, sob pena de inconstitucionalidade. Sua normatividade transpassa, assim, as relações jurídicas individuais travadas entre o sujeito titular do direito e o Estado, ostentando, por esse motivo, validade jurídica sob o prisma da comunidade.

Observando-se os quatro efeitos jurídicos do prisma objetivo dos direitos fundamentais expostos no item (d) do apartado anterior (sem prejuízo de outros conteúdos que possam ser dessumidos dessa matriz objetiva), é a comunidade que titulariza transindividualmente: (d.1.) o direito a que seja respeitada a eficácia jurídica de vinculação das normas constitucionais de direitos fundamentais, com a consequente declaração de inconstitucionalidade (ou de não recepção) das disposições normativas infraconstitucionais que com elas sejam incompatíveis; (d.2.) o direito a que o Estado tutele os valores jusfundamentais consagrados na Constituição, inclusive protegendo o titular de um direito fundamental em face de práticas por ele cometidas que atentem contra o seu próprio direito; (d.3.) o direito a que todo o ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional seja interpretado à luz do conteúdo axiológico dos direitos fundamentais; (d.4.) o direito a que os Poderes Públicos criem condições reais e efetivas para o exercício adequado e integral dos direitos fundamentais, bem como mecanismos que os protejam contra condutas lesivas de outros particulares.

Tais direitos transindividuais, por decorrerem da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, em princípio não gozam de uma dimensão *subjetiva* capaz de sempre autorizar a sua demandabilidade judicial. Mas podem em alguns casos vir a adquiri-la, o que possibilitará a sua exigibilidade, fenômeno comumente denominado de “ressubjetivização da dimensão objetiva”, o qual será explorado mais adiante.

(b) Mas a menção à feição objetiva dos direitos fundamentais não é suficiente para se compreender plenamente o sentido da afirmação de que tais direitos, quando considerados em uma acepção ampla, gozam tanto de titularidade individual quanto transindividual. Outro dado a ser levado em conta para o adequado entendimento dessa visão é a *multifuncionalidade* dos direitos fundamentais, nota peculiar que os caracteriza perante as demais espécies de direitos. Como antes assinalado (item 2), a norma de direito fundamental, fruto de uma combinação de enunciados normativos, enfeixa múltiplas pretensões jurídicas dotadas, cada qual, de uma determinada função (de *defesa*, de *prestação fática ou material* e de *prestação normativa* - esta última podendo ser de *organização*, de *procedimento* ou de *proteção*). Algumas dessas pretensões investem o particular em posições subjetivas individuais capazes de reivindicação judicial, outras não. Mas todas elas - pretensões jurídicas específicas emanadas de uma mesma norma de direito fundamental, cada qual exercendo uma função diferente - têm algo em comum: sempre impõem deveres jurídicos objetivos primariamente ao Estado. Ainda que uma pretensão específica não se revista de uma titularidade individual que permita a um cidadão determinado exigir a sua fruição perante o Judiciário<sup>80</sup>, o seu descumprimento ou violação pelo Estado, por ação ou omissão, implicará inconstitucionalidade.

---

<sup>80</sup> V.g., a criação de uma política de vigilância sanitária, para cumprir a função de *proteção* do direito à saúde contra atividades nocivas praticadas por outros particulares.

Admitir a multifuncionalidade dos direitos fundamentais implica reconhecer que, entre as diversas funções por eles exercidas, algumas delas apresentam um radical subjetivo que autoriza o seu titular a exigir individualmente determinadas condutas estatais. Isso em geral ocorre com a função de *defesa*<sup>81</sup> e, por vezes, com a função de *prestação fática*<sup>82</sup> (neste último caso, desde que estejam suficientemente delineados os elementos que integram a relação jurídica<sup>83</sup> e que se trate de prestação de um serviço de natureza *uti singuli*). Outras dessas funções, por sua vez, manifestam-se como conteúdos jurídico-objetivos transindividuais, que embora nem sempre possibilitem uma sindicabilidade judicial individual, dirigem deveres ao Estado que, se descumpridos em um grau desarrazoado, possibilitam a provocação judicial de sua atuação pela via processual coletiva. É o caso, muitas vezes, da função de *prestação normativa*, ligada: (i) à criação de *organizações*<sup>84</sup> e *procedimentos*<sup>85</sup> necessários para a fruição de direitos fundamentais; bem como (ii) à instituição de mecanismos de *proteção* dos bens jurídicos jusfundamentais contra violações oriundas dos próprios particulares.<sup>86</sup> E também da função de *prestação fática*, notadamente quando esta impuser à Administração Pública o dever de prestar serviços de natureza *uti universi*.<sup>87</sup>

Note-se que não é possível fazer uma associação automática de função de *defesa* e função de *prestação fática* com dimensão subjetiva individual,<sup>88</sup> nem de

---

<sup>81</sup> V.g., um titular do direito fundamental social à moradia, cuja habitação encontre-se edificada em área de ocupação irregular, pode invocar a sua função de *defesa* para dela deduzir a proibição, imposta ao Estado, de realizar o seu despejo forçoso sem assegurar sua realocação para outro local adequado, exigindo judicialmente pela via individual a abstenção estatal.

<sup>82</sup> V.g., o cidadão, titular do direito fundamental social à saúde, pode invocar sua função de *prestação fática* para postular individualmente perante o Poder Judiciário o fornecimento de um fármaco previsto na Relação Nacional de Medicamentos (RENAME), cuja concessão lhe tenha sido negada pela Administração Pública.

<sup>83</sup> Sujeito ativo (titular do direito), prestação positiva ou negativa (objeto da relação jurídica) e sujeito passivo (destinatário).

<sup>84</sup> V.g., da função de *prestação normativa de organização* do direito fundamental social à previdência deriva a obrigação estatal de criar órgãos e entidades administrativas que organizem e prestem de forma eficiente os serviços públicos necessários à fruição desse direito, seja no âmbito da Administração Pública direta (v.g., Ministério da Previdência Social) ou indireta (v.g., Instituto Nacional do Seguro Social - INSS).

<sup>85</sup> V.g., da função de *prestação normativa de procedimento* do direito fundamental social à educação decorre, entre outros, o dever do Estado de fixar o procedimento para o acesso igualitário aos serviços públicos de educação superior, de acordo com a capacidade de cada um, nos termos do art. 206, I e V da Constituição Federal.

<sup>86</sup> V.g., da função de *prestação normativa de proteção* do direito fundamental social ao trabalho provém a incumbência de que o Poder Público estabeleça normas de inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho, e de sanção às condutas discriminatórias contra esses cidadãos no tocante a salário e critérios de admissão, tutelando-os contra tais práticas ofensivas que possam ser levadas a efeito por outros particulares (arts. 7º, XXXI e 24 XIV da CF).

<sup>87</sup> V.g., da função de *prestação fática* dos direitos fundamentais à saúde e ao meio-ambiente saudável se deduz a imposição, ao Estado, de prestar serviços públicos de saneamento básico, que envolvem a limpeza e o manejo de resíduos sólidos, com a coleta, tratamento e destinação final do lixo doméstico e do originário da varrição de logradouros e vias públicas (art. 3º, I, "c" da Lei nº 11.445/07).

<sup>88</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 71.

funções de *prestação normativa* (organização, procedimento e proteção) com dimensão objetiva transindividual. Um exemplo está no direito à aposentadoria especial dos servidores públicos (art. 40, §4º, CF). Sua função de *prestação normativa* - fixação de critérios diferenciados para a jubilação de trabalhadores públicos que exercem atividades de risco ou insalubres e de servidores com deficiência - pode ser reivindicada judicialmente pela via individual, mediante o recurso ao mandado de injunção.<sup>89</sup> Logo, a proposta aqui apresentada não sugere uma presunção automática de titularidade individual ou transindividual para cada função desempenhada pelos direitos fundamentais. O que se busca é demonstrar o equívoco de se atestar genericamente que um direito fundamental *como um todo* possui titularidade individual ou transindividual (v.g., afirmar que “educação é um direito fundamental individual” ou que “saúde é um direito coletivo”), já que um mesmo direito enfeixará, necessariamente, pretensões jurídicas de ambas as naturezas.

Dessa transindividualidade ínsita a todos os direitos fundamentais, que deriva, ao menos, de sua perspectiva objetiva, uma das consequências jurídicas que maior relevância apresenta para o Direito Administrativo consiste no dever de criação de condições materiais para tornar real e efetivo o exercício desses direitos. Viu-se, acima, que uma das funções a eles inerentes consiste no estabelecimento de uma *organização* e de um *procedimento* que sejam aptos a possibilitar a adequada fruição dos bens jurídicos por eles protegidos. Algumas das pretensões jurídicas a eles relacionadas não podem ser desempenhadas sem a criação de determinadas instituições e sem a previsão de mecanismos para fazê-las valer na prática. Nessa seara, a dimensão objetiva faz impender sobre o Poder Público a obrigação de conceber estruturas organizacionais e instrumentos procedimentais para a realização plena dos direitos fundamentais. E o atendimento dessa função de *prestação normativa*, não raras vezes, pressupõe também o cumprimento da função de *prestações fáticas*, que reclama a adoção de medidas no mundo dos fatos que concretizem as prescrições delineadas normativamente.

A dependência da instituição de uma certa *organização* e de um determinado *procedimento* para viabilizar o integral exercício de um direito fundamental pode acontecer por motivos distintos: (i) pela própria *natureza* da pretensão jurídica; (ii) por *opção* constitucional ou legislativa; (iii) por necessidades *fáticas*; (iv) por exigências

---

<sup>89</sup> O Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento nesse sentido, aplicando analogicamente a cada caso, com efeitos *inter partes*, o art. 57 da Lei n. 8.213/91 (Lei do Regime Geral da Previdência Social). A título exemplificativo, vale citar as seguintes decisões: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 721. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 30.08.2007. DJU 30.11.2007; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 795. Relatora Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2009. DJU 21.05.2009; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 788. Relator Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2009. DJU 08.05.2009. Uma análise de tal posicionamento foi realizada em: HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009. p. 145-149.

*jurídicas*.<sup>90</sup> Exemplos podem aclarar a afirmação. A *natureza* das garantias fundamentais, como o mandado de segurança ou a ação popular, pressupõe a fixação das regras procedimentais para o seu manejo. No caso do direito de greve dos servidores públicos, a *opção* constitucional estabeleceu a necessidade de uma lei específica para traçar os seus limites, com o intuito de resolver previamente eventuais conflitos com outros bens jurídicos constitucionalmente assegurados, como o direito à continuidade dos serviços públicos. O exercício do direito de sufrágio reclama, por exigências *fáticas*, a instituição das regras do processo eleitoral e a organização de estruturas administrativas e judiciais para o desenvolvimento regular das eleições. O direito de propriedade de bens imóveis, por sua vez, demanda por necessidades *jurídicas* a criação de normas procedimentais, que fixem os modos de aquisição, transmissão e perda da propriedade, bem como a organização de órgãos públicos que realizem um registro imobiliário que assegure ao proprietário a titularidade dominial. Note-se que isso não vale apenas para um ou outro direito fundamental. Todos eles carecem, ainda que minimamente, de uma conformação jurídica organizacional e procedimental para o seu funcionamento.

Das normas de direitos fundamentais emana o dever estatal de construir todas essas normas procedimentais e aparatos organizativos essenciais ao regular e integral exercício de tais direitos, e de implementar providências fáticas para tornar reais as previsões estabelecidas no plano normativo. Por vezes, o enunciado normativo que garante determinada pretensão jusfundamental já impõe expressamente ao legislador ou à Administração a obrigação específica de criá-los. Em outros casos, no entanto, inexistirá um comando explícito na disposição constitucional determinando claramente os deveres legislativos e administrativos que incumbem ao Estado. Nessas situações, da dimensão objetiva dos direitos fundamentais em jogo deverão ser deduzidas de forma implícita ordens constitucionais de agir, dirigidas ao Poder Público. Assim, é desnecessário que o titular de qualquer das pretensões jurídicas acima exemplificadas - impetrante do mandado de segurança, categoria de trabalhadores, cidadão eleitor ou indivíduo proprietário - exija do Estado o estabelecimento de procedimentos e organizações necessários ao exercício de seu direito, para que nasça o dever de agir. É prescindível, também, que o texto constitucional encomende de modo expresso ao legislador ou a Administração ditas tarefas. Cuida-se de uma imposição lógica, vinculada às funções de *prestações normativas* e *fáticas* dos direitos fundamentais, que dimanam de sua perspectiva objetiva.

A função de *prestação normativa* dos direitos fundamentais, além de impor ao Estado obrigações relativas à *organização* e ao *procedimento*, também lhe direciona *deveres de proteção* contra atuações nocivas de outros sujeitos privados. O Estado, por conta dessa função, encontra-se constitucionalmente compelido a adotar todas as medidas necessárias para conferir proteção adequada aos bens jurídicos jusfundamentais contra agressões advindas de particulares.

---

<sup>90</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 142.

Essa tutela estatal, para que seja efetiva, dependerá da edição de normas legais e regulamentares de natureza civil, penal, processual, administrativa, trabalhista, tributária, etc. que conduzam em todas as esferas (privada, judicial, administrativa) a uma realização integral do conteúdo dos direitos fundamentais. Ao tipificar, em disposições normativas legislativas e administrativas, quais são as infrações derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e suas correspondentes sanções, os Poderes Legislativo e Executivo estão cumprindo o seu dever de *prestação normativa de proteção* ao direito fundamental ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado. Criam-se atos normativos, como a Lei nº 9.605/98<sup>91</sup> e o Decreto nº 6.514/08<sup>92</sup>, para tutelar esse bem jurídico jusfundamental contra a atuação de outros particulares que possam vir a ofendê-lo.

Essas conformações normativas dos direitos fundamentais, em sede legislativa e administrativa, podem se apresentar como imprescindíveis, adequadas ou simplesmente convenientes e oportunas para o seu exercício. A liberdade de conformação do legislador e a margem de discricionariedade do administrador, nesse campo, devem ser resguardadas - mas apenas até um limite. Se ultrapassadas determinadas fronteiras, estar-se-á diante de uma inatividade inconstitucional.

(c) Em princípio, as situações acima narradas envolvem deveres objetivos endereçados ao Estado pelas normas de direitos fundamentais aos quais não correspondem, *prima facie*, pretensões jurídicas subjetivas. Contudo, a depender do grau de inobservância dessas imposições constitucionais objetivas, elas podem ser reconduzidas a uma óptica subjetiva, gerando pretensões jurídicas de natureza transindividual exigíveis pelos mecanismos de tutela coletiva.

Haverá, em tais situações, uma *ressubjetivização da dimensão objetiva*, configurada nos termos a seguir alinhavados: (i) o reconhecimento da perspectiva objetiva deriva de uma desvinculação do conteúdo dos direitos fundamentais da relação jurídica bilateral entre cidadão e Estado; (ii) com isso, há uma abstração de qualquer posição jurídica subjetiva, enfocando-se a imposição de deveres objetivos ao Poder Público de criar garantias para a satisfação efetiva dos direitos fundamentais pela comunidade em geral; (iii) o descumprimento de tais deveres, em certas circunstâncias, pode vir a gerar uma nova posição subjetiva, permitindo-se exigir que o Estado atenda às obrigações que lhe foram dirigidas pela dimensão objetiva da norma jusfundamental.

Considere-se, por exemplo, o direito fundamental à saúde, assegurado no art. 6º e nos arts. 196 e seguintes da Constituição Federal. Independentemente da existência de um sujeito individual que o titularize e que exija, no marco de uma relação jurídica, condutas positivas ou negativas do Estado concernentes à salvaguarda de sua saúde, continuará pendendo sobre o Poder Público a incumbência de proporcionar condições objetivas para que a sociedade em geral tenha acesso a ações e serviços públicos de proteção e promoção da saúde.

---

<sup>91</sup> Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

<sup>92</sup> Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências.

Imagine-se que o Ministério da Saúde, em atendimento a essa obrigação objetiva, fixe o número mínimo de leitos que os hospitais públicos devam ter à disposição para cada mil habitantes.<sup>93</sup> A inobservância da norma ministerial pela Administração Pública poderá tornar insuficiente a quantidade de camas disponíveis, em determinado estabelecimento, para o atendimento apropriado da população que necessita dos serviços. Essa violação administrativa ao dever oriundo do prisma objetivo do direito fundamental à saúde faz nascer uma dimensão subjetiva transindividual, autorizando os entes legitimados à proposição de ações coletivas a exigir do Estado o fornecimento de uma proteção suficiente do direito em causa. Trata-se de hipótese de ressubjetivização da perspectiva objetiva de um direito fundamental social.

É preciso pontuar alguns esclarecimentos para que não haja confusão entre o caráter subjetivo e o objetivo dos direitos fundamentais. O cumprimento estatal da perspectiva objetiva desses direitos representa, de fato, um interesse juridicamente tutelado, compartilhado indistintamente por toda a coletividade, ou, em certos casos, por agrupamentos determinados ou determináveis. Logo, sua titularidade é transindividual (difusa ou coletiva). Em regra, a determinação do *quando* e do *como* tais obrigações serão adimplidas pelo Estado encontra-se dentro da esfera de liberdade de conformação do legislador e de atuação discricionária da Administração. E é por isso que não são, à primeira vista, prontamente exigíveis: elas se sujeitam à *reserva do politicamente oportuno*.<sup>94</sup> Os Poderes Públicos são constitucionalmente obrigados a implementar não apenas uns poucos, mas sim inúmeros direitos fundamentais. Há incontáveis opções de *momentos* e de *meios* para a adequada realização dos deveres a eles correspondentes, que deverão ser escolhidos de acordo com juízos políticos efetuados pelos representantes democraticamente eleitos povo sobre quais das infindáveis necessidades coletivas devem ser priorizadas naquele instante e quais as melhores formas para satisfazê-las.

No entanto, não há margem para o Estado decidir se vai ou não atender aos deveres objetivos relacionados à efetivação dos direitos fundamentais. Caso assim o fosse, a construção teórica a respeito da dimensão objetiva seria juridicamente irrelevante. Embora exista um espaço para a deliberação democrática a respeito das prioridades e maneiras mais apropriadas a uma realização global e otimizada dos direitos fundamentais, ele encontra limites nas balizas fixadas pela própria Constituição. Incumbe ao Poder Público compulsoriamente, em alguma medida, estabelecer normas de proteção a todos os bens jurídicos jusfundamentais contra terceiros e criar estruturas organizacionais e mecanismos procedimentais para a sua idônea fruição e exercício.

---

<sup>93</sup> Esse tipo de normatização ocorre na prática, como no caso da Portaria nº 1.101, do Ministério da Saúde, de 12 de junho de 2002, que fixa parâmetros relativos à quantidade de leitos hospitalares, por especialidade, que deve ser oferecida para o atendimento de cada grupo de 1.000 habitantes.

<sup>94</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 277.

Quando a sua atividade nesse campo não alcançar um patamar satisfatório, a inação pública se tornará juridicamente inaceitável, uma vez que configurará violação ao princípio da proporcionalidade, por incorrer na proibição de proteção insuficiente.<sup>95</sup> Tal princípio não veda apenas a *ação desproporcional por implicar restrição excessiva*, mas também a *omissão desproporcional por ensejar proteção deficiente*.

O que se propõe neste artigo é que, em matéria de direitos fundamentais sociais, a omissão administrativa em implementar tais ações pode também ser considerada inconstitucional em determinadas circunstâncias e suscitar o controle judicial por mecanismos de tutela coletiva, por se tratar de um direito que transcende uma titularidade individual. Ou seja: reputa-se aqui possível, sob determinadas condições, a “ressubjetivização da dimensão objetiva”<sup>96</sup> dos direitos fundamentais.

Nesse âmbito, é preciso caminhar com cuidado para evitar uma “tendência radicalizante”. O alerta feito por Vieira de Andrade é válido, ao afirmar que o “fascínio dos direitos fundamentais” pode suscitar um “jusfundamentalismo”, fazendo com que a análise científico-prática da questão acabe sendo desvirtuada em razão de uma “emocionalidade jurídica”.<sup>97</sup> Por outro lado, não assiste razão ao autor quando tenta reduzir a possibilidade de ressubjetivização das dimensões objetivas dos direitos fundamentais somente aos casos em que a omissão importar violação a padrões mínimos de proteção. Em sua visão, só nasceria um *direito subjetivo à proteção estatal* quando o dever objetivo de agir (criar uma proteção, uma organização ou um procedimento ou fornecer prestações fáticas *uti universi*) for absolutamente imprescindível à satisfação do *núcleo essencial* de um direito subjetivo fundamental.

Ocorre que a existência de uma pretensão jurídica subjetiva, passível de tutela jurisdicional, à adoção pelo Estado de medidas necessárias à adequada e universalizada fruição de bens jurídicos jusfundamentais poderá nascer mesmo quando a atuação estatal nessa esfera já tiver cumprido níveis mínimos - mas ainda assim insuficientes - de concretização de determinados direitos fundamentais. E isso por três motivos.

O primeiro deles consiste no fato de que, diferentemente do que advoga José Carlos Vieira de Andrade, os direitos constitucionais podem possuir uma dimensão subjetiva ainda que sua titularidade não seja individual. O direito (ou pretensão jurídica) ao cumprimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como antes dito, possui natureza transindividual. Sua proteção jurisdicional só poderá ser acionada pela via da tutela processual coletiva. Assim, não há o risco de que o reconhecimento desse direito conduza a uma quebra do princípio da igualdade, com uma indesejável autorização para o juiz conceder individualmente prestações fáticas ou criar para alguns poucos jurisdicionados normas de proteção, organização e procedimento não aplicáveis aos demais titulares do mesmo direito fundamental que carece de condições para o seu efetivo exercício.

<sup>95</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 77 e 91.

<sup>96</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 144.

<sup>97</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Idem*, 146.

O segundo motivo encontra-se no fundamento desse direito transindividual: o princípio da proporcionalidade, em sua vertente “vedação de proteção insuficiente”. A variante mais tradicionalmente utilizada dessa norma principiológica (“vedação de excesso”), aplicável aos casos de ação estatal desproporcional, não incide apenas quando a conduta comissiva abusiva do Poder Público ultrapassa um limite máximo de antijuridicidade. Não se aplica apenas nos casos em que o ato estatal ofende o núcleo essencial do direito fundamental. Qualquer ofensa desproporcional que agrida o bem jurídico reclama controle judicial: basta que o comportamento estatal tenha transgredido um milímetro do que lhe autoriza o ordenamento jurídico para que a ação se torne inconstitucional e mereça anulação. O mesmo deve ocorrer nos casos de *omissão*, com a aplicação da outra face do princípio proporcionalidade: a “proibição de proteção deficiente”. A falta de criação de condições adequadas ao exercício dos direitos fundamentais em sua integralidade já implica uma inconstitucionalidade. Não é necessário alcançar um ponto crítico, um patamar de inconstitucionalidade máxima (porque violadora do núcleo essencial do direito fundamental) para se reconhecer que a conduta é contrária ao sistema normativo e precisa ser corrigida. Logo, justifica-se o reconhecimento da pretensão jurídico-subjetiva transindividual ao atendimento integral dos deveres estatais decorrentes da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ainda que a inação não tenha importado ofensa ao ponto nodal de tais direitos.

A terceira razão decorre do fato de que, conforme defendido em outro estudo,<sup>98</sup> os deveres do Estado em matéria de direitos fundamentais sociais não se limitam a um patamar mínimo. O desenvolvimento como objetivo fundamental da República exige que a Administração alcance níveis elevados de satisfação desses direitos, para que se possa reduzir a distância entre as posições existentes na sociedade, proporcionando com isso uma relação igualitária entre os cidadãos. Uma Administração Pública inclusiva, exigida pela Constituição de 1988, deve pautar-se por uma atuação eficiente que assegure a realização integral do conteúdo dos direitos fundamentais sociais, e não apenas o mínimo existencial. Logo, exsurge como imperativo constitucional o cumprimento da dimensão objetiva desses direitos, com a construção, nos planos fático e jurídico, das condições necessárias para tornar real e efetivo o seu exercício. Daí por que ser necessário admitir a existência de um direito metaindividual nos casos em que tais deveres não sejam observados.

Em suma: uma das proposições que aqui se defende é a possibilidade de exigir, pelas vias processuais coletivas, o atendimento de parâmetros suficientemente necessários ao cumprimento dos deveres que decorrem da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Assim, propõe-se neste estudo que as obrigações objetivas que as normas jusfundamentais desencadeiam sobre o Poder Público, que independem de postulação judicial ou administrativa por sujeitos determinados, atribuem de forma

---

<sup>98</sup> Os fundamentos para se chegar a essa conclusão foram lançados no artigo: HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417/324>>. Acesso em 15 ago. 2013.

correspondente um *direito transindividual* de toda a coletividade ao atendimento estatal desses deveres. Esse direito não terá, *prima facie*, uma dimensão subjetiva que autorize a sua exigibilidade. Mas esta exsurdirá nas hipóteses em que o Estado deixar de empreender prestações fáticas e normativas de organização, procedimento e proteção em níveis satisfatoriamente aceitáveis, suficientes para a fruição, pelos cidadãos, dos bens jurídicos fundamentais tutelados constitucionalmente.

A materialização prática dessa afirmação reclama uma incursão pelas categorias de direitos judicialmente tuteláveis identificadas pelo Direito Processual Civil, tarefa que se empreenderá no próximo tópico.

#### 4. A IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIR GENERICAMENTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AS TITULARIDADES ESTANQUES PREVISTAS NAS CATEGORIAS TRADICIONAIS DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL BRASILEIRA

Viu-se, no tópico anterior (3.2.), que não é possível sustentar em termos genéricos que um determinado direito fundamental social, quando considerado *como um todo* (em sentido amplo), possui titularidade individual ou transindividual. Por conta da dupla feição desses direitos (subjetiva e objetiva), bem como de sua multifuncionalidade, as normas jusfundamentais fazem espargir um feixe de pretensões jurídicas distintas que podem ser consideradas, cada qual, como um direito fundamental em sentido estrito. E a titularidade de cada uma dessas pretensões específicas pode vir a ser individual ou transindividual, a depender do caso.

Partindo das reflexões de Direito Constitucional até aqui desenvolvidas, o presente tópico tem por escopo trasladar a discussão para o campo do Direito Processual Civil, buscando com isso identificar se é possível encaixar os direitos fundamentais nas fôrmas legais criadas pela legislação processual brasileira. É dizer: pretende-se verificar a viabilidade de enquadrar os direitos fundamentais sociais na figura dos direitos *individuais*, sujeitos aos instrumentos tradicionais de tutela judicial, ou nos esquemas conceituais de direitos *difusos*, *coletivos* e *individuais homogêneos*, passíveis de proteção jurisdicional pelos mecanismos da sistemática processual coletiva.

Esse ponto se reveste de elevada significação para a temática vertente, uma vez que o problema responsável pelo atendimento dos direitos fundamentais sociais de forma desigual e anti-isonômica pela via do ativismo judicial não reside, por si só, na postura pró-ativa do magistrado.<sup>99</sup> A verdadeira causa encontra-se no equívoco de se pensar ser juridicamente aceitável conceder prestações individualizadas nas situações

---

<sup>99</sup> Como dito antes, dados sobre os impactos negativos do ativismo judicial em matéria de direitos fundamentais sociais foram trazidos em outro estudo: HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013. p. 351-353. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417/324>>. Acesso em 15 ago. 2013.

em que a pretensão deduzida em juízo detém, na realidade, natureza transindividual.

Por isso, de nada adianta o domínio pleno dos aspectos teóricos e dogmáticos do Direito Constitucional em matéria de direitos fundamentais, sem compreender adequadamente quais são os requisitos necessários para que uma posição jurídica deles derivada esteja apta a abrir as portas do sistema de tutela judicial individual, ou, diversamente, do regramento processual coletivo. Afinal, é exatamente a ausência do conhecimento a respeito de quais são as condições que as pretensões jusfundamentais precisam reunir para poderem desfrutar de cada um desses sistemas processuais que conduz a resultados indesejáveis sob a óptica constitucional.

A tratativa do processo coletivo, quando calcada na mesma racionalidade liberal-subjetivista que preside o paradigma processual de cunho individual, esteriliza as potencialidades dessa nova modalidade de tutela, impossibilitando com isso a proteção adequada das pretensões jurídicas transindividuais.<sup>100</sup> E isso implica, na seara dos direitos fundamentais, continuar utilizando instrumentos e técnicas processuais (judicial e administrativamente) que não mais se ajustam à complexidade jurídica a eles inerente. As especificidades da natureza jurídica complexa dos direitos fundamentais reclama a criação de mecanismos capazes de assegurar o respeito, a proteção e a promoção das diversas posições jurídicas neles enfeixadas, o que exige, por sua vez, identificar se a titularidade de cada uma delas é individual ou transindividual. Tal percepção permitirá, frente a cada pretensão jurídica emanada de um mesmo direito fundamental, verificar qual ferramenta – e por consequência qual sistemática processual – é a mais idônea para conferir-lhe realização efetiva.

O assunto será trabalhado em dois momentos. Primeiramente (4.1.), será apresentado um panorama geral das modalidades de titularidade de direitos consagradas pela legislação processual brasileira, apontando-se suas respectivas formas de tutela judicial. Em seguida (4.2.), será promovida uma reflexão crítica em relação à tentativa de classificar os direitos fundamentais de forma estanque nos conceitos de direitos “individuais”, “difusos”, “coletivos” e “individuais homogêneos”, esboçando algumas consequências dessa inteligência.

#### **4.1 A DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS INDIVIDUAIS, DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS NO DIREITO POSITIVO BRASILEIRO E SUAS RESPECTIVAS FORMAS DE TUTELA**

O sistema processual brasileiro incorpora uma série de mecanismos de tutela jurisdicional que podem ser reunidos em três grandes grupos: (i) instrumentos de tutela de *direitos individuais*, cuja reivindicação judicial pode ser realizada: (i.ii.) por mecanismos de *tutela individual*, manejados pelo próprio titular da pretensão jurídica individualizada,<sup>101</sup> ou (i.ii.) por ferramentas de *tutela coletiva*, mediante as quais um ente

<sup>100</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 24.

<sup>101</sup> Como é o caso das ações de procedimento ordinário, reguladas pelo Código de Processo Civil, e do mandado de segurança individual, disciplinado pela Lei nº 12.016/09.

ao qual a lei atribui legitimação ativa, em circunstâncias determinadas, maneja ações coletivas para proteger direitos individuais que ostentam uma origem comum<sup>102</sup>; (ii) mecanismos de tutela de *direitos transindividuais*, caracterizados pela indivisibilidade do bem jurídico protegido, titularizados por coletividades determináveis ou indeterminadas;<sup>103</sup> (iii) ferramentas de tutela da *ordem jurídica*, considerada em abstrato, que compreendem as ações de controle de constitucionalidade de atos e omissões normativas<sup>104</sup> .<sup>105</sup>

Os instrumentos pertencentes ao terceiro agrupamento supraindicado escapam do objeto central deste artigo, motivo pelo qual as atenções serão dirigidas para os dois primeiros. As considerações a seguir versarão sobre: (a) o sistema de processo civil tradicional, voltado à proteção de *direitos individuais*; (b) a formação de um modelo de processo coletivo, destinado à *tutela de direitos coletivos* e à *tutela coletiva de direitos*; (c) as características do gênero *direitos transindividuais* e das suas duas espécies - *direitos coletivos (stricto sensu)* e *direitos difusos*; (d) a configuração jurídica dos *direitos individuais homogêneos*.

(a) O processo civil, desde o seu reconhecimento como ciência autônoma no século XIX, foi construído para promover a tutela judicial de *direitos individuais* em conflito. É marcado, pois, desde o seu nascedouro, por um ideário individualista.<sup>106</sup>

O sistema processual tradicional, ainda atualmente vigente, funda-se em um paradigma no qual o indivíduo é tomado como único sujeito de direito. A ele deve servir o processo, salvaguardando sua liberdade, autonomia e igualdade em sentido formal. Cuida-se da racionalidade liberal própria do iluminismo oitocentista, que tem o indivíduo como horizonte de compreensão da realidade, em função do qual deve se orientar o ordenamento jurídico.<sup>107</sup> A partir daí é modelado o processo, com dogmas derivados de uma ideologia liberal-individual-subjetivista, entre os quais se pode destacar: (i) a restrição da legitimação para a propositura de demandas ao titular de um *direito subjetivo*; (ii) o emprego de procedimentos judiciais ordinários e padronizados, insuscetíveis de variação para se amoldarem às peculiaridades das situações concretas, para evitar tratamentos desiguais às partes; (iii) a limitação dos poderes dos juízes e das técnicas processuais à sua disposição àquelas legalmente previstas, para impedir intervenções indevidas e imprevisíveis nas liberdades individuais; (iv) a circunscrição dos efeitos decisão às partes do processo, incapazes de serem

<sup>102</sup> Por exemplo: ação civil coletiva e mandado de segurança coletivo.

<sup>103</sup> Por exemplo: ação popular, ação civil pública, ação de improbidade administrativa e mandado de segurança coletivo.

<sup>104</sup> Por exemplo: ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade, arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

<sup>105</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 21.

<sup>106</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, nº 77, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 224-235, jan./mar. 1995. p. 224.

<sup>107</sup> ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**: ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1993. p. 15-16; 35-37.

estendidos a terceiros que não integraram a relação processual.<sup>108</sup>

Trata-se, portanto, de um modelo de processo centrado essencialmente na figura do *direito subjetivo* como requisito para autorizar a provocação judicial. Essa categoria jurídica consolidou-se no século XIX em torno de algumas características, como o *poder de exigir* de outrem o cumprimento de um *interesse individual* protegido pela ordem jurídica, sob pena de uma *ação na justiça*.<sup>109</sup> Ou seja: para que a pretensão jurídica fosse *acionável judicialmente*, ela deveria dizer respeito a interesses jurídicos de um titular individualmente determinado. E o interesse individual é aquele “cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu 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 seu crédito”.<sup>110</sup>

Essa é a lógica que preside o Código de Processo Civil brasileiro. Estruturado originalmente em 1973, foi construído com o escopo de regular processualmente situações envolvendo partes determinadas e claramente identificáveis, em contendas individuais.<sup>111</sup> E logicamente que, em grande parte dos casos, esse sistema dá conta de resolver os litígios bilaterais, estabelecidos entre dois sujeitos individuais bem definidos, tanto na área do Direito Privado quanto na esfera do Direito Público. A ele também se deve recorrer em matéria de direitos fundamentais sociais, quando a pretensão jurídica que se busca satisfazer for titularizada por um indivíduo determinado e a sua reivindicação de forma isolada for conveniente e economicamente viável.

Havendo uma relação jurídica bem delineada pelo sistema normativo, que estabeleça com clareza o titular do direito fundamental (sujeito ativo), o destinatário da obrigação (sujeito passivo) e a prestação positiva ou negativa a ser realizada (objeto da relação), caberá ao primeiro propor a ação judicial individual em face do segundo, exigindo o cumprimento da conduta que lhe é devida. É o caso, por exemplo, do servidor público que reúne os pressupostos constitucionais para exercer o seu direito fundamental social à aposentadoria voluntária (arts. 6º e 40, §1º, III, “b” da CF),<sup>112</sup>

---

<sup>108</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**... *Op. Cit.*, p. 26.

<sup>109</sup> Veja-se, por exemplo, a definição de Roger Bonnard, para quem o direito subjetivo é “o poder de exigir de alguém, em virtude de uma regra de direito objetivo, alguma coisa na qual se tem interesse, sob a sanção de uma ação na justiça; sendo o conteúdo da coisa exigível fixado imediatamente seja pelo direito objetivo, seja por um ato jurídico individual” (BONNARD, Roger. *Les droits publics subjectifs des administrés. Revue du droit public et de la science politique en France et a l'etranger*, Paris, v. 49, p. 695-728, 1932. p. 707). Similar é a noção formulada por José Carlos Vieira de Andrade, que conceitua a figura citada como “um *poder* ou uma *faculdade* para a realização *efetiva* de *interesses* que são reconhecidos por uma *norma* jurídica como *próprios* do respectivo titular” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012. p. 112).

<sup>110</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 50.

<sup>111</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**... *Op. Cit.*, p. 20.

<sup>112</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “**Art. 6º.** São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a *previdência social*, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (...)”

com base nos valores fixados pelos §§3º e 17 do art. 40 da Constituição.<sup>113</sup> Se a Administração Pública negar o seu pedido por considerar, equivocadamente, que os requisitos constitucionalmente exigidos não foram cumpridos, ou deferi-lo com proventos calculados em montante inferior à quantia à qual o postulante faz jus, o agente público poderá propor ação de cunho individual pleiteando que o Estado satisfaça adequadamente o seu direito.

(b) Ocorre que o sistema de *tutela individual dos direitos* deixa descoberta uma gama de interesses juridicamente protegidos que não se amoldam aos contornos da figura tradicional do direito subjetivo de matriz liberal-individualista, ensejando a necessidade de um sistema que admita, de um lado, a *tutela de direitos coletivos*, e, de outro, a *tutela coletiva de direitos*.

Uma das causas que ensejou, por muito tempo, um obstáculo ao reconhecimento jurídico de formas de tutela de direitos e interesses transindividuais foi o estabelecimento de uma dicotomia estanque entre Direito Público e Direito Privado.<sup>114</sup> Um dos critérios empregados para distinguir esses dois grandes ramos jurídicos era o do interesse: enquanto ao primeiro incumbia a tutela dos interesses *públicos*, titularizados pelo Estado, o segundo limitava-se à disciplinar as formas de proteção dos interesses *privados*, atribuídos individualmente aos particulares.<sup>115</sup> Dentro dessa lógica, não havia um *locus* jurídico adequado para enquadrar os interesses transindividuais. Afinal, a quem incumbiria a sua tutela? Somente com a relativização do individualismo consolidado no século XIX e com a atenuação de uma rígida clivagem entre o Direito Público e o Direito Privado é que foi possível abrir espaço, dentro dos esquemas jurídicos, para a construção de ferramentais dirigidos à proteção adequada dos direitos e interesses difusos e coletivos.<sup>116</sup> Tais pretensões jurídicas, por resguardarem bens

---

**Art. 40.** Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. **§ 1º** Os servidores abrangidos pelo regime de previdência de que trata este artigo serão aposentados, calculados os seus proventos a partir dos valores fixados na forma dos §§ 3º e 17: (...) **III** - voluntariamente, desde que cumprido tempo mínimo de dez anos de efetivo exercício no serviço público e cinco anos no cargo efetivo em que se dará a aposentadoria, observadas as seguintes condições: (...) **b)** sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.”

<sup>113</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “**Art. 40.** (...) **§ 3º** Para o cálculo dos proventos de aposentadoria, por ocasião da sua concessão, serão consideradas as remunerações utilizadas como base para as contribuições do servidor aos regimes de previdência de que tratam este artigo e o art. 201, na forma da lei. (...) **§ 17.** Todos os valores de remuneração considerados para o cálculo do benefício previsto no § 3º serão devidamente atualizados, na forma da lei.”

<sup>114</sup> Sobre os critérios utilizados pela doutrina para circunscrever os campos de atuação de cada um desses dos grandes ramos jurídicos e uma crítica à *summa divisio* do Direito: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Público e Direito Privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. In: Claudio Martín Viale. (Org.). **Derecho Común y Derecho Administrativo**: diferencias y contactos. Córdoba: Lerner, 2009. p. 35-60.

<sup>115</sup> FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: Edgar Guimarães (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 63.

<sup>116</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 51.

jurídicos indivisíveis titularizados por toda a coletividade ou por grupos determinados, mais se assemelhavam ao próprio interesse geral. Contudo, a legitimidade para reivindicação de sua tutela não poderia ficar atrelada somente às mãos do Poder Público, haja vista que, não raras vezes, sua violação era ocasionada pelo próprio Estado. Assim, fez-se necessária a atribuição, pelo sistema normativo, de legitimidade para corpos intermediários buscarem a sua proteção, tais como os sindicatos, as associações e o Ministério Público.

Essa nova forma de tutela, portanto, é permeada por significativas dificuldades. Entre outras, vale destacar a problemática da legitimação ativa para a reivindicação de proteção estatal, uma vez que se tratam de bens jurídicos indivisíveis e de titularidade transindividual, o que acaba dificultando, para fins de formulação adequada dos pedidos, a organização de todos aqueles que serão afetados por eventual decisão administrativa ou judicial voltada à tutela do direito. Cabe citar, ademais, que nos casos que envolvem efeitos pecuniários, muitas vezes a ação ou omissão estatal pode ocasionar violações a direitos fundamentais verdadeiramente expressivas em termos globais, mas geradoras de lesões econômicas não tão significativas no âmbito individual. Assim, quando a conduta estatal, embora ofensiva à esfera jurídica de uma coletividade de cidadãos, não enseja impactos econômicos de grande monta para cada um deles (quando considerados isoladamente), capaz de justificar economicamente a propositura de uma demanda judicial individual, acaba-se aceitando impotentemente o comportamento administrativo transgressor.<sup>117</sup>

É em face dessas situações que se tornou necessária a edificação de um modelo de processo que contemplasse formas coletivizadas de proteção judicial dos direitos. Essa criação de uma ampla sistemática processual de tutela coletiva foi impulsionada, inicialmente, pela preocupação com duas questões que avultaram a partir da década de 1970: a proteção do meio-ambiente, cada vez mais ameaçado pela exploração desenfreada de atividades comerciais e industriais poluentes, e a defesa dos consumidores, em face do abuso do poder econômico cada vez mais acentuado na economia de mercado, dirigida essencialmente ao lucro.<sup>118</sup> Posteriormente, percebeu-se que diversos outros interesses salvaguardados pela ordem jurídica reclamavam também uma nova forma de tutela jurisdicional, eis que o modelo convencional já não dava conta de garanti-los idoneamente. Entre eles, situam-se algumas das pretensões ligadas aos direitos fundamentais sociais.

No Brasil, a previsão de instrumentos de tutela de direitos transindividuais iniciou-se com a ação popular, inserida na Constituição de 1934, cuja regulamentação no plano infraconstitucional ocorreu somente em 1965, pela Lei nº 4.717/65 (já sob a égide da Constituição de 1946). Naquele momento, cuidava-se de ferramenta voltada apenas à tutela do patrimônio público, assim considerados os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e - a partir da Lei nº 6.513/77 - turístico.<sup>119</sup>

---

<sup>117</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 139.

<sup>118</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 27.

<sup>119</sup> A Constituição de 1988, em seu art. 5º, LXXIII, ampliou o espectro de incidência da ação popular, admitindo também o seu manejo para a proteção da moralidade administrativa, do meio-ambiente e do patrimônio histórico e cultural, além do patrimônio público já anteriormente previsto.

A legitimidade para sua propositura pertencia - e continua pertencendo - a qualquer cidadão. Em que pese a postura vanguardista do legislador brasileiro ao prever esse instituto, a ação popular revelou-se insuficiente para uma tutela adequada e integral dos direitos metaindividuais. Sob o aspecto subjetivo, porque grande parte das vezes o cidadão, singularmente, encontrava-se em posição de desvantagem processual frente ao polo passivo da demanda, geralmente integrado por pessoas físicas e jurídicas munidas de destacado poder político e econômico.<sup>120</sup> Sob a perspectiva objetiva, porque o instrumento não servia à defesa de qualquer direito supraindividual, mas somente à salvaguarda do patrimônio público, deixando sem proteção uma série de outros interesses resguardados juridicamente cuja titularidade transpassava o sujeito individual.<sup>121</sup>

A Lei nº 7.347/85 consagrou um meio processual de tutela coletiva mais ampla dos direitos metaindividuais: a ação civil pública. O diploma conferiu legitimação ativa para o ajuizamento da nova medida ao Ministério Público, às entidades públicas da Administração Pública direta e indireta, e às associações que tenham, entre seus fins institucionais, a proteção a bens jurídicos difusos e coletivos. Estipulou, ademais, um âmbito mais alargado de cabimento da ação (se comparado ao objeto da ação popular): reconheceu a possibilidade de proposição da ação civil pública para a proteção do meio-ambiente, do consumidor, do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. A Constituição de 1988, em seu art. 129, III, ampliou ainda mais a funcionalidade da ferramenta, outorgando ao Ministério Público a legitimidade para postular, por meio dela, a defesa de qualquer interesse coletivo ou difuso.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro um modelo sólido e abrangente de tutela processual coletiva. Ele não apenas incluiu o inciso IV no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, estendendo a possibilidade do seu emprego para a proteção de qualquer interesse difuso ou coletivo por qualquer dos legitimados (e não apenas pelo Ministério Público), como também introduziu em seu Título III uma nova disciplina geral para o processo coletivo, aplicável a todas as demandas judiciais de natureza transindividual (e não somente àquelas que envolvem relações de consumo). Dispôs, em seu art. 90, que as normas da Lei nº 7.347/85 também se aplicariam às ações coletivas envolvendo Direito do Consumidor. Ou seja: fixou-se a partir daí uma interação entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, com a incidência recíproca de suas disposições normativas concernentes às técnicas processuais de caráter coletivo. Tal conjugação da Lei nº 7.347/85 com a Lei nº 8.078/90 passou a ser considerada como o “marco fundante de um verdadeiro sistema processual coletivo”.<sup>122</sup>

Esse microssistema de tutela judicial coletiva buscou resolver, pela via legislativa, algumas problemáticas que o modelo tradicional de processo individual era incapaz de solucionar. Em primeiro lugar, a já mencionada questão da legitimação para a propositura das ações, diante da pluralidade de sujeitos que titularizam o mesmo bem

<sup>120</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 37-38.

<sup>121</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil... *Op. Cit.*, p. 227.

<sup>122</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 17.

indivisível e da conseqüente dificuldade de organização de todos os possíveis afetados para formular adequadamente os pedidos. Em segundo lugar, o problema da extensão da coisa julgada, que não pode se limitar ao proponente da ação como no processo individual, demandando uma incidência sobre todos aqueles que integram o agrupamento titular do direito difuso ou coletivo. Em terceiro lugar, a necessidade de estabelecer critérios para classificar as espécies de pretensões suscetíveis de proteção jurisdicional coletivizada, construindo para cada uma delas um regime jurídico-processual que se adapte às suas peculiaridades fáticas. Nesse influxo, criou-se através do conjunto normativo supracitado: (i) formas diferentes de legitimação ativa para as ações coletivas; (ii) uma nova disciplina para a eficácia das decisões judiciais prolatadas nos processos coletivos; (iii) uma classificação legal para as modalidades de direitos passíveis de serem reivindicados pelo sistema processual coletivo.

O ordenamento jurídico brasileiro referiu-se, em sede legislativa, a três espécies de direitos que podem ser *tutelados coletivamente*: (i) os direitos difusos; (ii) os direitos coletivos (*stricto sensu*); e (iii) os direitos individuais homogêneos.<sup>123</sup> As duas primeiras espécies dizem respeito a *direitos transindividuais* (ou coletivos *lato sensu*), porque consistem em pretensões juridicamente protegidas que visam à salvaguarda de um bem jurídico indivisível, titularizado por um grupo ou por toda a sociedade. A terceira espécie, como se pode extrair de sua nomenclatura, compreende direitos *individuais* em sua essência, que em razão de determinadas características que lhes são peculiares recebem do sistema normativo autorização para serem *tutelados coletivamente*.

Impõe-se reconhecer que o microsistema de tutela jurisdicional coletiva de direitos implantado pelo legislador brasileiro é efetivamente avançado e inovador, ao menos na teoria. Ele mune o cidadão de uma série de instrumentos, técnicas processuais e procedimentos adequados a uma proteção efetiva das pretensões transindividuais resguardadas pelo Direito material. Contudo, a formação de um sistema de processo coletivo no ordenamento jurídico pátrio originou-se por iniciativa legislativa, e não por criação jurisprudencial, tal como ocorreu em outros países, como Estados Unidos<sup>124</sup> e Argentina<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90): “**Art. 81.** A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. **Parágrafo único.** A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

<sup>124</sup> Uma exposição extremamente detalhada dos fundamentos, origens históricas, requisitos, hipóteses de cabimento e aspectos procedimentais das *class actions* norte-americanas, que realiza inclusive um confronto analítico com o sistema brasileiro de tutela coletiva, pode ser encontrada em: GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

<sup>125</sup> Para uma visão global da tutela judicial coletiva no Direito argentino, ver: LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

Para alguns autores, como Sérgio Cruz Arenhart, tal peculiaridade implica, em alguma medida, certa reticência na sua utilização prática pelos juízes.<sup>126</sup> Para outros, como Teori Albino Zavascki, essa implantação pela via legislativa foi recebida com entusiasmo, gerando uma utilização cada vez mais frequente, em um cenário ainda carente de experiência prática. A consequência disso, segundo este último autor, foi o recorrente cometimento de expressivos equívocos no manejo desses instrumentos, verificados na rotina forense, muitas vezes por se considerar as ações coletivas como a panaceia para todos os problemas sociais. E um dos grandes erros nessa seara tem sido a confusão entre a tutela de *direitos coletivos* (transindividuais) e a tutela coletiva de *direitos individuais*.<sup>127</sup>

É preciso, pois, diferenciar a *tutela de direitos coletivos* da *tutela coletiva de direitos*.<sup>128</sup> Os direitos transindividuais (ou coletivos *lato sensu*) - que englobam os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos difusos - só podem receber proteção jurisdicional por meio de instrumentos de *tutela coletiva*, haja vista a indivisibilidade dos bens jurídicos por eles resguardados. Por sua vez, os direitos individuais podem ser objeto de ações judiciais *individuais*, ou, quando houver *homogeneidade* em sua origem (conceito a seguir elucidado), poderão ser protegidos mediante ferramentas de *tutela coletiva*. Para esses direitos, o ordenamento jurídico conferiu uma proteção jurisdicional bivalente.<sup>129</sup> Logo, é possível dizer que a “tutela coletiva de direitos” pode ter como finalidade a proteção de direitos coletivos (*lato sensu*) ou individuais (homogêneos),<sup>130</sup> ao passo que a “tutela de direitos coletivos” será sempre voltada aos direitos de natureza transindividual.

Os instrumentos previstos atualmente no Direito brasileiro para a “tutela de direitos coletivos” (transindividuais) são, basicamente: (i) a ação popular, quando o objeto da demanda for a desconstituição de ato lesivo a um dos quatro bens jurídicos previstos no art. 5º, LXXIII da CF;<sup>131</sup> (ii) a ação de improbidade administrativa, quando o intuito for resguardar a moralidade administrativa, através da invalidação de atos considerados ímprobos pela lei, ou dos seus efeitos, com a aplicação de sanções aos responsáveis pela sua prática;<sup>132</sup> (iii) o mandado de segurança coletivo, quando for

<sup>126</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva...** *Op. Cit.*, p. 151.

<sup>127</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 32.

<sup>128</sup> Tal diferenciação vem sendo posta em relevo por Teori Albino Zavascki desde a publicação de seu artigo: ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, v. 20, n. 78, São Paulo, RT, p. 32-49, abr./jun. 1995.

<sup>129</sup> A expressão é de VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 64.

<sup>130</sup> Conforme bem ressalta Rodolfo Mancuso, para que um processo seja coletivo é necessário que o seu escopo seja a tutela de um direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 69.

<sup>131</sup> Regulada pela Lei nº 4.717/65.

<sup>132</sup> O rito do processo judicial que tem por objeto a improbidade administrativa é parcialmente tratado no Capítulo V da Lei nº 8.729/92 (Lei de Improbidade Administrativa). Na prática, mesmo inexistindo remissão legal expressa, a jurisprudência dominante tem aplicado aos processos dessa natureza, no que couber, as regras procedimentais da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), sendo comum rotular-se tais demandas de “ação civil pública de improbidade administrativa”. Para uma crítica dessa aplicação, por considerar a ação de improbidade administrativa como modalidade autônoma de demanda judicial sobre a qual não incidem os dispositivos da Lei da Ação Civil Pública, ver: MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 257-261.

possível demonstrar mediante prova pré-constituída (documental) que um direito coletivo está sendo agredido ou ameaçado por ilegalidade ou abuso de poder de autoridade pública, e não for cabível o *habeas corpus* nem o *habeas data*;<sup>133</sup> (iv) o mandado de injunção, quando a falta de norma regulamentadora inviabilizar o exercício de um direito transindividual constitucionalmente assegurado;<sup>134</sup> (v) a ação civil pública, para a tutela de qualquer direito ou interesse transindividual.<sup>135</sup> Dentre os mecanismos citados, a tutela das pretensões jurídicas transindividuais derivadas de direitos fundamentais sociais será realizada, essencialmente, pelos três últimos.

Já a “tutela coletiva de direitos” (individuais homogêneos) é realizada: (i) pela chamada ação civil coletiva (art. 6º, XII da Lei Complementar nº 75/93), disciplinada fundamentalmente pelos arts. 91 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor; (ii) pelo mandado de segurança coletivo, quando a prova da ameaça ou lesão comum a direitos individuais puder ser demonstrada por provas pré-constituídas.<sup>136</sup>

(c) Uma vez traçadas as distinções básicas entre processo individual e processo coletivo, e entre “tutela coletiva de direitos” (individuais ou não) e “tutela de direitos coletivos”, cumpre analisar as peculiaridades dos chamados *direitos transindividuais* (coletivos *lato sensu*) e delinear as diferenças entre suas duas espécies: os direitos

---

<sup>133</sup> A Constituição Federal arrola o mandado de segurança coletivo como garantia fundamental do cidadão, no art. 5º, LXX, com a seguinte redação: “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”. A Lei nº 12.016/2009, que disciplina o instituto, prevê em seu art. 21, I, expressamente a possibilidade de manejo do instrumento para a tutela de direitos “coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica”.

<sup>134</sup> O mandado de injunção, também assegurado entre as garantias fundamentais do cidadão, encontra-se previsto no art. 5º, LXXI, que assim dispõe: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”. Ele pode ter como objeto a tutela de direitos coletivos *stricto sensu*, conforme o entendimento atual do Supremo Tribunal Federal (entre outras, cite-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712. Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 25.10.2007. DJe-206 Publicado em 31.10.2008). Pode, ademais, servir à tutela de direitos difusos, consoante expressamente prevê a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), em seu art. 6º, VIII. Até o presente momento, inexistente lei regulamentando esse remédio constitucional. Em razão disso, aplica-se por ora, no que couber, o rito do mandado de segurança (Lei nº 12.016/2009), por determinação do art. 24, § único da Lei nº 8.038/90 (“No mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica”). Uma crítica a essa última previsão é desenvolvida em: HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 179-181.

<sup>135</sup> A ação civil pública é regida por sua lei própria (Lei nº 7.347/85) e pelo Código de Defesa do Consumidor, cujas disposições a propósito da tutela coletiva não se restringem às relações de consumo. Conforme dito anteriormente, o diálogo entre essas duas leis compõe um microsistema de tutela judicial coletiva, que formado por um conjunto normativo integrado incidente, no que couber, sobre todas as ações de natureza coletiva.

<sup>136</sup> Em seu art. 21, II, a Lei do Mandado de Segurança (Lei nº 12.016/2009) estabelece que, além dos direitos coletivos *stricto sensu*, podem ser objeto de proteção por essa ferramenta os direitos “individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

difusos e os direitos coletivos *stricto sensu*.

O que caracteriza os direitos de natureza coletiva (difusos e coletivos *stricto sensu*) é a *indivisibilidade* do bem jurídico por eles protegido e, por consequência, a *transindividualidade* da sua titularidade, insuscetível de ser atribuída a um indivíduo isolado. Não se trata de uma soma de direitos individuais; cuida-se, ao revés, de um único bem jurídico indivisível ao qual uma coletividade de sujeitos (determinável ou não) tem direito. Esse direitos transindividuais caracterizam-se, pois, sob dois aspectos: *subjetivamente*, por uma *pluralidade* de sujeitos com interesses incidentes sobre o mesmo bem; *objetivamente*, pela *indivisibilidade* do bem jurídico tutelado.<sup>137</sup>

Sob o prisma *subjetivo*, a *transindividualidade* da titularidade do interesse jurídico reside na existência de uma multiplicidade de sujeitos que comungam de uma mesma pretensão indivisível.<sup>138</sup> Não podem ser imputados a um único sujeito, singularmente considerado. Sob o ponto de vista *objetivo*, a *indivisibilidade* significa que o bem jurídico objeto de proteção não pode ser cindido e dividido entre os seus vários titulares.<sup>139</sup> Esse traço característico diz respeito à própria natureza das pretensões jurídicas transindividuais: o bem jurídico em questão deverá ser fruído de modo indistinto por todos aqueles que compartilham coletivamente a sua titularidade. Ele pode ser verificado pelo fato de que, uma vez protegido o direito, a satisfação de um interessado pressuporá infastavelmente a de todos os demais, ao passo que a lesão a um deles importará, necessariamente, ofensa a todos os demais.<sup>140</sup> No caso de êxito de uma ação popular, por exemplo, voltada à anulação de ato contrário à moralidade administrativa, a procedência do pedido compensará a todos os cidadãos, e não só àquele que propôs a demanda. O mesmo se diga se o objeto fosse a interdição da construção de uma usina hidrelétrica, atentatória contra a higidez do meio-ambiente: a comunidade como um todo será beneficiada pelo sucesso da ação coletiva.

É bem por esse motivo que a eficácia das sentenças nas ações coletivas se estende subjetivamente para além das partes que integraram a relação processual: todos aqueles que se encontrem em situação fático-jurídica idêntica àquela que foi discutida nos autos deverão desfrutar dos efeitos da decisão, vinculando a pessoa que lesionou o direito transindividual. Também por isso que as pretensões jurídicas metaindividuais - quando genuinamente metaindividuais - não podem ser cindidas. Se elas afetarem apenas um ou alguns dos integrantes do agrupamento derivado de uma relação jurídica base, não serão verdadeiramente coletivas, mas sim individuais. Para que sejam efetivamente supraindividuais, é preciso que afetem indistintamente a toda a classe, categoria ou coletividade.<sup>141</sup>

<sup>137</sup> CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil... *Op. Cit.*, p. 225.

<sup>138</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 53.

<sup>139</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 34.

<sup>140</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Revista Forense**, v. 77, nº 276, Rio de Janeiro, p. 1-6, out./dez. 1981, p. 1; GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 13, n. 1-2, Uberlândia, p. 1-34, 1984. p. 3.

<sup>141</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 54.

Dentro do universo dos direitos transindividuais, convencionou-se diferenciar duas espécies: os direitos *difusos* e os direitos coletivos (*stricto sensu*). Costuma-se dizer que o critério apto a distinguir essas duas modalidades do gênero “direitos metaindividuais” consiste na possibilidade de determinação do grupo que os titulariza. Será *difuso* o direito (ou, melhor dizendo, a pretensão jurídica) que pertença indistintamente a um conjunto indeterminável de pessoas, entre as quais inexistam qualquer vínculo jurídico e que se encontrem unidas ao bem juridicamente tutelado por circunstâncias fáticas.<sup>142</sup> É o caso do direito ao patrimônio histórico e cultural, que pode manifestar-se como direito difuso por meio da pretensão jurídica de tombamento de determinado bem imóvel, como forma de proteção do patrimônio arquitetônico de um Município. Outro exemplo é o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, que pode se apresentar concretamente como direito difuso através da pretensão jurídica, por ele englobada, de proteção de determinada espécie animal contra a caça predatória, face ao risco de sua extinção. Ainda ilustrativamente, poder-se-ia mencionar como titulares de direitos difusos tanto “uma comunidade (por exemplo, uma vila de pescadores, ameaçada pela emissão de dejetos urbanos no mar) como uma etnia (nos casos de discriminação racial) ou mesmo toda a humanidade (como na ameaça constante de guerra nuclear, ou na 'exploração' predatória e anárquica da Amazônia)”.<sup>143</sup>

No caso dos direitos e interesses *difusos*, não há como identificar o agrupamento social que ostenta a titularidade do bem jurídico indivisível em questão, exatamente pelo fato de que a origem da pretensão jurídica é fática e circunstancial. A impossibilidade de sua determinação repousa sobre a inexistência de vínculos formais entre os indivíduos que integram a coletividade afetada, capazes de uni-los em torno de classes ou categorias, tal como ocorre com as pretensões coletivas em sentido estrito. Diante da inviabilidade de determinar previamente todos os afetados pela pretensão difusa, o art. 103, I do Código Defesa do Consumidor estabeleceu que a decisão será oponível *erga omnes*, haja vista a indeterminabilidade dos possíveis integrantes do agrupamento que titularizava o direito em questão.<sup>144</sup>

Por sua vez, será *coletivo* em sentido estrito o direito (ou pretensão jurídica) titularizado por um grupo, classe ou categoria de pessoas que ostentem uma relação jurídica entre si ou com a parte contrária (isto é, com o sujeito sobre o qual recai o dever correspondente ao direito).<sup>145</sup> É possível, nesses casos, identificar o conjunto de sujeitos ao qual o sistema jurídico confere a titularidade do bem jurídico indivisível, a partir do vínculo jurídico comum a todos eles (*v.g.*, condição de professores universitários) ou firmado entre cada um deles com o titular do dever jurídico correspondente (*v.g.*, contrato de prestação de serviço de telefonia móvel). É desnecessário que o grupo seja organizado ou que todos aqueles que o integram estejam vinculados a uma mesma entidade representativa, pois a mera existência de

<sup>142</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva...** *Op. Cit.*, p. 156.

<sup>143</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos...** *Op. Cit.*, p. 97.

<sup>144</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 54

<sup>145</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva...** *Op. Cit.*, p. 156.

uma relação jurídica base é suficiente para identificar a coletividade determinada. É o caso da pretensão jurídica dos servidores que ocupam o cargo de técnico-administrativo no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná à revisão geral anual dos seus vencimentos (art. 37, X da Constituição Federal), que deve ser empreendida por lei.<sup>146</sup> Mesmo aqueles que não integram o sindicato representativo dessa categoria de trabalhadores públicos podem ser identificados a partir de sua vinculação jurídica com o mencionado órgão estatal, e, portanto, pertencem à coletividade que titulariza o sobredito direito.

Uma vez que a pretensão, para que seja autenticamente coletiva *stricto sensu*, deve dizer respeito a todos os membros do grupo determinável por conta de vínculos jurídico-formais, o provimento judicial a ela relativo produzirá efeitos sobre a totalidade dos integrantes da classe ou categoria que titulariza o direito deduzido na demanda. É desnecessário que, no momento da propositura da ação coletiva, o indivíduo esteja formalmente agregado à associação ou ao sindicato representativo do agrupamento postulante. Basta o pertencimento ao grupo, classe ou categoria, aferível mediante um vínculo jurídico, para que os efeitos da decisão lhe aproveitem. Tal laço jurídico, que permite a sua identificação, consiste na sua submissão ao regime próprio e comum da pretensão coletiva: em decorrência da sua ligação jurídica com a pretensão, se esta for violada, a ofensa o prejudicará; se for protegida, a tutela o beneficiará. Não se trata, portanto, de necessidade de um vínculo jurídico com a entidade associativa. A esta incumbe apenas coordenar na esfera judicial os interesses do grupo, classe ou categoria.<sup>147</sup> É por essa razão que os efeitos da sentença, segundo o art. 103, II do Código de Defesa do Consumidor, serão *ultra partes*, atingindo também aqueles que não se encontravam ligados formalmente ao ente representativo. A eficácia, no entanto, limita-se aos integrantes daquela coletividade determinada, que efetivamente possuíam vinculação jurídica com a pretensão coletiva. Não se estende *erga omnes*, como nas sentenças relativas a direitos difusos. Contudo, há restrições a esse regime para as ações aforadas por entidades associativas (notadamente quando figuram no pólo passivo pessoas jurídicas de direito público), estipuladas por disposições normativas de duvidosa constitucionalidade.<sup>148</sup>

---

<sup>146</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “**Art. 37. (...) X** - a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privativa em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”.

<sup>147</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 58.

<sup>148</sup> A Medida Provisória nº 2.180-35/2001 incluiu o art. 2º-A, *caput* e parágrafo único, na Lei nº 9.494/97, instituindo uma restrição ao regime de eficácia *ultra partes* da sentença delineado no art. 103, II do CDC, quando se tratar de ações propostas por entidades associativas. A norma passou a exigir que a peça vestibular se faça acompanhar por cópia da ata da assembleia que haja autorizado o ajuizamento da demanda. Ademais, em razão de tal dispositivo, nas demandas coletivas propostas em face das entidades da Administração Pública direta, autárquica e fundacional os efeitos da decisão beneficiarão apenas os indivíduos formalmente associados ao ente representativo, e que na data da propositura da ação possuam domicílio no âmbito da competência territorial do órgão judicial prolator. Tais exceções, no entanto, revelam-se francamente inconstitucionais, sob os pontos de vista formal e material, nos termos da argumentação expendida por: VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 208-209.

Em síntese: os direitos *coletivos* (sentido estrito) se distinguem dos *difusos* basicamente por dois motivos: um de caráter conceitual e outro (consequência do anterior) de matriz processual. O primeiro é a possibilidade de determinar o grupo processual. O primeiro é a possibilidade de determinar o grupo que titulariza a pretensão transindividual. Isso ocorre nos casos em que os indivíduos participantes da coletividade titular do bem jurídico indivisível são unidos por laços jurídico-formais, aptos a permitir a sua identificação em grupos, classes ou categorias.<sup>149</sup> Em tais hipóteses, estar-se-á frente a um “direito coletivo *stricto sensu*”. Sendo impossível essa determinação daqueles que integram o agrupamento por meio de um vínculo jurídico, tratar-se-á de um “direito difuso”. E a segunda diferença entre tais espécies de direitos metaindividuais, decorrente da primeira, possui natureza processual. Consiste na eficácia das decisões prolatadas em processos que envolvem cada uma dessas modalidades: será *erga omnes* quando envolver direitos *difusos* e *ultra partes* quando tiver por objeto direitos coletivos *stricto sensu*.

(d) Além dos direitos supraindividuais (*difusos* e *coletivos stricto sensu*), o sistema normativo brasileiro autoriza, como já mencionado, a defesa coletiva de uma terceira espécie de direitos: os *individuais homogêneos*, que, conforme se averbou anteriormente, são direitos de titularidade individual (e não transindividual). Sua proteção judicial poderia, em tese, ser buscada pela via individual, mediante o recurso aos instrumentos processuais convencionais. No entanto, a sua origem comum, derivada de um mesmo fato ou de fatos iguais, justifica que a reivindicação de sua tutela seja promovida coletivamente, por variadas razões.

Uma delas é a possibilidade de decisões judiciais conflitantes a respeito de idêntica situação fática e jurídica: os princípios da isonomia e da segurança das relações jurídicas reclamam uma resposta igualitária ao litígio, a qual é assegurada quando a questão é resolvida no bojo de um só processo. Pessoas que se encontram nas mesmas circunstâncias receberão, por meio da ação coletiva, uma única solução judicial, evitando-se com isso o risco de decisões contraditórias a respeito de uma realidade fática comum.

Um segundo motivo é a economia processual proporcionada pela proteção coletiva desses direitos. O tratamento processual molecular e não atomizado, nesses casos, evita a proliferação de incontáveis demandas individuais versantes sobre a mesmíssima questão,<sup>150</sup> fenômeno que abarrotaria desnecessariamente o Poder Judiciário e atentaria contra a dimensão objetiva do direito fundamental à razoável duração do processo, insculpido no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal. Um terceiro fundamento, presente em algumas hipóteses, consiste na pulverização das lesões provocadas pelo agente que, ao descumprir seus deveres jurídicos, viola através do mesmo fato ou de fatos iguais os mesmos direitos individuais de uma multiplicidade de pessoas. São casos em que as dimensões econômicas dos danos sofridas individualmente acabam por inibir o titular do direito a acionar a máquina judiciária, por não valer a pena submeter-se às temeridades inerentes à propositura de uma ação judicial de natureza singular. Em função de tais circunstâncias, a pessoa

<sup>149</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>150</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos...** *Op. Cit.*, p. 49.

prejudicada não enxerga qualquer vantagem em propor isoladamente a demanda, arcando sozinha com o risco de enfrentar um processo com elevadas custas judiciais, honorários advocatícios (contratados e, eventualmente, sucumbenciais), além do tempo despendido com a propositura e acompanhamento da demanda. A desproporcionalidade entre os pequenos prejuízos experimentados e os onerosos encargos que seriam suportados com o aforamento da ação singular inviabilizaria a procura pela tutela individual dos direitos, fato que justifica a promoção de sua defesa pela via coletiva.<sup>151</sup>

É o caso da pretensão jurídica dos consumidores à reparação dos danos sofridos por conta da compra de um determinado produto, cujo rótulo declarava uma quantidade superior àquela que efetivamente se encontrava na embalagem. Conquanto seja divisível o bem jurídico envolvido, sendo possível identificar o seu titular e individualizar o valor da indenização a que cada consumidor tem direito, o montante seria tão ínfimo que nenhum dos lesionados o postularia pela via individual - embora pudesse, sob o ponto de vista jurídico, fazê-lo.

Portanto, os direitos individuais homogêneos são, essencialmente, individuais. No plano jurídico abstrato, nada obstará que fossem reivindicados por meio dos esquemas jurisdicionais tradicionais, dada a divisibilidade do seu objeto, isto é, do bem jurídico que requer proteção. Mas na realidade, a sua postulação por ação individual apresenta-se inviável na prática. A necessidade de tutela coletiva dessa espécie de direitos - não de qualquer pretensão jurídica individual, mas apenas daquelas classificadas como homogêneas - deriva, pois, da situação peculiar a que está submetida.

O que autoriza a sua defesa *coletiva* em juízo é a característica da *homogeneidade*, que consiste na existência de uma pluralidade de pretensões jurídicas individualizáveis oriundas de um mesmo fato ou de fatos iguais. É em virtude dessa origem comum, a qual levaria diversos titulares de direitos individuais a mover ações isoladas semelhantes perante o Judiciário, que o ordenamento jurídico permite que a sua postulação judicial seja realizada coletivamente, por entes aos quais o sistema normativo confere especial legitimidade. Enquanto os direitos transindividuais são marcados por uma *pluralidade* de sujeitos a eles vinculados e por uma *unicidade* no seu objeto, os direitos individuais homogêneos, embora dotados também de uma *multiplicidade* de titulares, protegem bens jurídicos *divisíveis*, passíveis de decomposição em unidades distintas, cada qual titularizada por um sujeito individual. Eles são reunidos em uma mesma demanda de caráter coletivo somente por questões de segurança jurídica (evitar o risco de decisões conflitantes a propósito da mesma questão), economia processual (impedir uma multiplicidade de processos com idêntico objeto) e facilitação do acesso à justiça (casos em que as lesões são economicamente ínfimas).<sup>152</sup>

O requisito da *homogeneidade* nada tem a ver com os titulares dos direitos. Não

<sup>151</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva...** *Op. Cit.*, p. 139-140.

<sup>152</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 34-35.

são eles que devem se apresentar em um grupo homogêneo. Tal atributo diz respeito à origem das pretensões jurídicas individuais que estão sendo reivindicadas coletivamente. O fato que rendeu ensejo à pretensão jurídica é que deve ser comum, homogêneo.<sup>153</sup> Apenas para dar alguns exemplos, é o que ocorre com: (i) o derramamento de óleo em um rio, que ocasionará lesões à população ribeirinha; (ii) a omissão na correção monetária de benefícios previdenciários, que gera redução desproporcional do poder aquisitivo de aposentados e pensionistas; (iii) a criação de um tributo de forma inconstitucional, que implicará subtração indevida do patrimônio dos contribuintes; (iv) um vício no serviço público de tratamento e abastecimento de água, que afetará a saúde de diversos usuários.

Os direitos individuais homogêneos são considerados apenas artificialmente ou acidentalmente indivisíveis para fins de sua proteção judicial, porque sua postulação pela via individual convencional seria inviável, pelos motivos já expostos. Logo, ainda que a lesão tenha decorrido de uma origem comum, os seus efeitos se manifestarão de forma diferenciada, com maior ou menor intensidade sobre cada situação individual. Assim, por uma ficção criada pelo legislador para possibilitar a sua adequada tutela, a pretensão à responsabilização civil do agente transgressor dos bens jurídicos individuais é considerada indivisível, e realizada mediante uma *condenação genérica* (art. 95 do CDC), em uma fase cognitiva preliminar do processo. Somente em um segundo momento, quando serão promovidas individualmente a liquidação e a execução da sentença condenatória geral, é que se poderá perceber a divisibilidade das pretensões jurídicas de cada titular do direito individual ofendido. Cada um deverá comprovar os danos singularmente experimentados e o nexos causal, o que demonstra a divisibilidade natural dos bens jurídicos lesionados por um mesmo fato ou por fatos iguais, praticados pelo sujeito condenado na demanda coletiva.<sup>154</sup>

A respeito dessa espécie de direitos, é preciso apontar que havia se formado, alguns anos atrás, forte corrente nos Tribunais Superiores posicionando-se no sentido de que a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos se restringiria às relações de consumo. A proteção de outros direitos individuais, ainda que decorrentes de origem comum, não seria admitida por essa via.<sup>155</sup> Esse posicionamento logicamente

<sup>153</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 73.

<sup>154</sup> VENTURI, Elton. *Idem*, p. 68.

<sup>155</sup> Observem-se trechos dos seguintes acórdãos: “1. A Ação Civil Pública não se presta como meio adequado à declaração da ilegalidade de Leis Municipais, referente, *in casu*, à cobrança da chamada 'cota voluntária' nas contas de energia elétrica, face ao fato de que a relação jurídica estabelecida desenvolve-se entre a Fazenda Municipal e o contribuinte, não revestindo este último o conceito de consumidor constante do art. 21, da Lei nº 7.347/85, a autorizar o uso da referida ação. 2. Os interesses e direitos individuais homogêneos, de que trata o art. 21, da Lei nº 7.347/85, somente poderão ser tutelados, pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 506.000/RS. Relator Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 05.06.2003. DJ 08.09.2003); “I - Evidencia-se a ilegitimidade *ad causam* para propor ação civil pública visando a revisão da renda mensal inicial de benefício previdenciário, por se tratar de direito individual disponível. II - Ademais, as relações jurídicas entre a instituição previdenciária e os beneficiários do regime de Previdência Social não são relações de consumo, sendo, portanto, impossível cogitar-se da hipótese do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, que trata dos direitos individuais homogêneos. Precedentes.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso

contraria a literalidade da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, que em seus arts. 21 e 90, respectivamente, implantam um sistema de incidência recíproca de suas disposições, tornando-as um conjunto normativo harmônico aplicável a qualquer espécie de ação destinada à tutela coletiva de direitos individuais ou transindividuais. Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça alterou sua orientação, consignando em seus últimos julgados a admissibilidade da reivindicação coletivizada de direitos individuais homogêneos que não versam sobre Direito do Consumidor pelo Ministério Público<sup>156</sup>, pela Defensoria Pública<sup>157</sup> e por entidades associativas.<sup>158</sup>

Mas a resistência em aceitar a defesa coletivizada de direitos individuais de origem comum para além das relações consumeristas, especialmente quando o sujeito obrigado é o Poder Público, não se limitou ao âmbito jurisprudencial. Ela logrou alcançar, em determinadas matérias, expressa proibição no plano legislativo. Foi o que ocorreu em função da Medida Provisória nº 2.180-35/2001, que inseriu o parágrafo único no art. 1º da Lei da Ação Civil Pública vedando a tutela judicial coletiva de pretensões que envolvam tributos e contribuições previdenciárias.

---

Especial nº 448.647/PR. Relator Min. Paulo Medina. Sexta Turma. Julgado em 03.03.2005. DJ 18/04/2005); “é certo que, tratando-se de benefício previdenciário, em que não há interesse individual indisponível, mas sim, direito patrimonial disponível, suscetível de renúncia pelo respectivo titular, bem como não sendo relação de consumo, o Ministério Público não detém legitimidade ativa *ad causam* para propor ação civil pública em defesa de tal direito” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos em Recurso Especial nº 441.815/SC. Relatora Min. Laurita Vaz. Terceira Seção. Julgado em 22.08.2007. DJ 10/09/2007). No mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 382.298. Relator Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 04.05.2004. DJ 28.05.2004.

<sup>156</sup> “É cabível o ajuizamento de ação civil pública, pelo *Parquet*, para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, ainda que não envolvam relação de consumo e não sejam indisponíveis, desde que demonstrada a presença de interesse social relevante”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 946.533/PR. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 10.05.2011. DJe 13.06.2011.

<sup>157</sup> “O direito à educação legitima a propositura da Ação Civil Pública, inclusive pela Defensoria Pública, cuja intervenção, na esfera dos interesses e direitos individuais homogêneos, não se limita às relações de consumo ou à salvaguarda da criança e do idoso. Ao certo, cabe à Defensoria Pública a tutela de qualquer interesse individual homogêneo, coletivo *stricto sensu* ou difuso, pois sua legitimidade *ad causam*, no essencial, não se guia pelas características ou perfil do objeto de tutela (= critério objetivo), mas pela natureza ou status dos sujeitos protegidos, concreta ou abstratamente defendidos, os necessitados (= critério subjetivo)”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 126.411-6/RS. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 18.10.2011. DJe 13.04.2012.

<sup>158</sup> “1. Esta Corte posicionava-se no sentido de que, para que houvesse a proposição da ação civil pública, mister estivesse a questão inserida no contexto do art. 1º, da Lei n. 7.347/85. Tal artigo deveria, ainda, ser analisado juntamente com o artigo 81 da Lei n. 8.078/90, ou Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC. Entendia-se, portanto, que o cabimento de ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos se restringia àqueles direitos que evoluíssem relação de consumo. 2. A jurisprudência atual, contudo, entende que, o artigo 21 da Lei n. 7.347/85, com redação dada pela Lei n. 8.078/90, ampliou o alcance da ação civil pública também para a defesa de interesses e direitos individuais homogêneos não relacionados às relações de consumo. 3. Deve, portanto, ser reconhecida a legitimidade do sindicato recorrente para propor a presente ação em defesa de interesses individuais homogêneos da categoria que representa”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 119.961-1/RS. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 19.10.2010. DJe 28.10.2010.

Tal determinação legal é flagrantemente inconstitucional, pois menoscaba drástica e injustificadamente o direito fundamental à tutela judicial efetiva (art. 5º, XXXV, CF). De um lado, porque exclui da apreciação do Poder Judiciário lesão a direitos, já que seria irrazoável supor que cada titular do direito violado proporia ação individual para reaver valores relativamente pequenos, em face dos já pontuados obstáculos inerentes ao acesso à justiça no Brasil. Com isso, a Administração se locupleta indevidamente, mercê de inquestionável enriquecimento sem causa,<sup>159</sup> às custas dos inúmeros cidadãos vilipendiados por inconstitucionais normas legislativas e administrativas de ordem previdenciária e tributária, que não raras vezes transgridem justamente os direitos fundamentais da pessoa. De outro lado porque, se minimamente significativa a monta dos prejuízos individuais experimentados, a vedação ao recurso da tutela coletiva implica desprezo aos princípios da eficiência na administração da justiça e da razoável duração do processo, haja vista o potencial abarrotamento do Judiciário com a propositura de incontáveis demandas singulares a propósito de idêntico objeto, além de malferir o princípio da segurança das relações jurídicas, por conta do risco de provimentos judiciais contraditórios.<sup>160</sup> A disposição incluída pela aludida medida provisória teve, pois, o condão de retirar a possibilidade de um controle jurisdicional efetivo “de toda sorte de ilegalidades e abusos perpetrados pela conhecida volúpia arrecadadora das Fazendas Públicas Federal Estaduais e Municipais”.<sup>161</sup>

#### 4.2 CRÍTICA DA CLASSIFICAÇÃO TRADICIONAL BRASILEIRA EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: TODOS ELES OSTENTAM DUPLA DIMENSÃO (INDIVIDUAL E TRANSINDIVIDUAL)

A exposição da sistemática processual brasileira de tutela judicial individual e coletiva teve o propósito de permitir, neste momento, uma problematização acerca das possíveis (e mais adequadas) formas de proteção dos direitos fundamentais sociais pelo Poder Judiciário e pela Administração Pública. O que se pretende aqui é apreciar, do ponto de vista do Direito Processual Civil: (a) se é necessário o enquadramento da pretensão jusfundamental no conceito de direito subjetivo individual para autorizar sua reivindicação jurisdicional; e (b) se é possível classificar, em termos genéricos, um direito fundamental social em alguma das definições legais de direito individual, difuso, coletivo ou individual homogêneo.

---

<sup>159</sup> Consoante Celso Antônio Bandeira de Mello, o enriquecimento sem causa “é o incremento do patrimônio de alguém em detrimento do patrimônio de outrem sem que, para supeditar tal evento, exista uma causa juridicamente idônea”. Após afirmar a plena aplicabilidade desse princípio no âmbito do Direito Administrativo, explica o autor que “para evitar situações nas quais um dado sujeito vem a obter locupletamento à custa do patrimônio alheio, sem que exista um suporte jurídico prestante para respaldar tal efeito, é que, universalmente, se acolhe o princípio jurídico segundo o qual *tem-se de proscrever o enriquecimento sem causa* e, conseqüentemente, desabona-se interpretação que favoreça este resultado injusto, abominado pela consciência dos povos”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 318.

<sup>160</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 82.

<sup>161</sup> VENTURI, Elton. *Idem*, p. 83.

(a) A resposta à primeira indagação já foi alinhavada anteriormente, e merece nesta oportunidade ser reiterada em face das demonstrações recentemente exibidas (4.1.) a respeito dos diversos mecanismos processuais existentes no Direito brasileiro, que admitem tanto a tutela jurisdicional de pretensões individuais quanto transindividuais. Repisa-se, nesse sentido, a crítica já tecida antes: é equivocada a associação comumente realizada entre a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais e a noção de direito subjetivo individual.<sup>162</sup>

Quando se diz que determinada pretensão jurídica integra a perspectiva subjetiva de um direito fundamental, isso significa que ela é *exigível* administrativa e judicialmente, por conta da existência de uma relação jurídica passível de ser deduzida do Direito positivo, com a identificação das partes obrigadas e da prestação positiva ou negativa a ser cumprida por uma delas. A titularidade dessa pretensão, dotada de caráter subjetivo, poderá ser individual, coletiva, difusa ou individual homogênea. É possível, pois, que a sua reivindicação se dê ou pelo modelo tradicional de processo individual, ou pela sistemática processual coletiva, a depender das peculiaridades de que esteja revestida a posição subjetiva em questão.<sup>162</sup>

É desnecessário recorrer à figura do direito subjetivo original do Direito Privado, ou à sua equivalente juspublicista - o direito público subjetivo - para invocar a proteção jurisdicional das multifárias pretensões jurídicas emanadas dos direitos fundamentais. Sejam elas individuais, coletivas ou difusas, sejam derivadas de sua dimensão subjetiva ou objetiva, sejam voltadas à função de defesa, prestação fática, prestação normativa de proteção, de organização ou de procedimento: todas elas poderão ser objeto de reivindicação tutelar perante os Poderes Públicos, ainda que mediante instrumentos distintos, legitimados ativos diversos, com graus de exigibilidade diferenciados e com pressupostos variados para autorização de sua sindicabilidade. Mas o fato é que, sob o prisma constitucional, inexistente discriminação entre a tutela jurisdicional de *interesses* resguardados pela ordem jurídica - quaisquer que sejam - e a proteção judicial de *direitos subjetivos*.<sup>163</sup>

Impõe-se a aceitação de que é possível, inclusive, ressubjetivizar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais em determinadas circunstâncias, quando os deveres objetivos por eles expendidos ao Estado não forem cumpridos satisfatoriamente, ensejando uma proteção insuficiente que se apresente como omissão desproporcional.<sup>164</sup> Tais situações se subordinarão, em geral, ao sistema de tutela processual coletiva, por envolverem pretensões jurídicas que ultrapassam sujeitos individualmente determinados. Nesses casos, será imprescindível abandonar a insistência em sujeitar as hipóteses caracterizadas pela transindividualidade - isto é,

---

<sup>162</sup> Em linha aparentemente distinta daquela que aqui se advoga, Jorge Reis Novais afirma que um direito fundamental só se revelará como direito subjetivo em sua plenitude “quando o particular tem a faculdade de poder accionar a respectiva concretização em termos de prossecução de um interesse próprio, autónomo e individualizado”. NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais...** *Op. Cit.*, p. 102.

<sup>163</sup> É a posição de VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 48.

<sup>164</sup> Sobre o tema, ver: FREITAS, Juarez. Omissão administrativa e o teste de proporcionalidade. **Interesse Público**, nº 78, Belo Horizonte, Fórum, p. 15-27, mar./abr. 2013.

aquelas que dizem respeito a bens jurídicos indivisíveis e, portanto, insuscetíveis de serem associados a um titular individual - aos mesmos esquemas processuais construídos para corresponder à garantia dos interesses do indivíduo, e não das necessidades da comunidade na qual ele se insere.<sup>165</sup>

Não há como proporcionar verdadeira defesa dos direitos fundamentais sociais, nos moldes complexos e multifários em que são incorporados pelas Constituições dos Estados Democráticos contemporâneos, se a racionalidade que embasa a sua tutela se fundar em uma lógica superada. A resistência doutrinária e jurisprudencial de se afastar de uma vez por todas dos dogmas liberais do século XIX, responsáveis pela fixação de um regime processual subjetivista e individualista que já não responde mais, de forma integral, às demandas atuais do Direito substancial, revela-se como inobjetable obstáculo ao alcance dos objetivos da República Federativa do Brasil, entre os quais se encontra a promoção do desenvolvimento nacional.

(b) O segundo assunto que merece especial relevo e redobrada atenção consiste na dúvida em relação ao enquadramento dogmático dos direitos fundamentais sociais nas fórmulas conceituais do Direito Processual Civil. E para fornecer uma resposta a essa temática, dois fatores devem ser considerados: (b.1.) a distinção entre *direitos fundamentais* e *pretensões jurídicas jusfundamentais*;<sup>166</sup> (b.2.) a *impropriedade de uma classificação rígida* das pretensões jusfundamentais em uma única categoria de titularidade de direitos, entre aquelas descritas pelo legislador pátrio, por ser muitas vezes tênue a linha que as separa.

(b.1.) Tornou-se algo convencional, no Brasil e demais sistemas jurídicos, referir-se a *direitos* coletivos e a *direitos* difusos, seja pela terminologia adotada na lei brasileira ao definir quais são as espécies de *direitos* passíveis de proteção judicial coletiva, seja pela propagação dessa nomenclatura pela doutrina e jurisprudência. Tal alusão, no entanto, é empregada na maior parte das vezes de forma equivocada. Isso porque em geral não é o *direito* que será individual, coletivo ou difuso, mas sim a *pretensão jurídica* invocada naquela situação determinada. Um mesmo direito - e isso ocorre de modo particularmente acentuado com os fundamentais - pode veicular inúmeras *pretensões jurídicas distintas*. E as titularidades dessas diferentes pretensões, vinculadas a um mesmo direito, podem ser individuais, coletivas ou difusas. Daí porque tratar-se de um grave - e extremamente comum - equívoco classificar, *v.g.*, o meio-ambiente como um *direito* difuso ou a proteção do consumidor como um *direito* coletivo, como costuma ocorrer na literatura jurídica destinada ao estudo dessa temática.<sup>167</sup> Cada um desses direitos pode englobar, simultaneamente,

<sup>165</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 31.

<sup>166</sup> A diferenciação foi apresentada de forma mais detida no item 2.

<sup>167</sup> Observe-se, a título de exemplo, que em passagem da obra de Rodolfo de Camargo Mancuso o autor classifica como *difusos* os direitos ao ensino primário gratuito (art. 208, I) e à assistência à maternidade, infância e adolescência (art. 203, I e II), colocando-os ao lado da função social da propriedade (art. 170, III), da proteção ao patrimônio histórico, cultural e paisagístico (art. 216, e §1º) (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos...** *Op. Cit.*, p. 117). Uma leitura desavisada do trecho pode conduzir à conclusão de que os direitos ao ensino primário gratuito e à assistência à maternidade não podem ser reivindicados individualmente, quando na realidade muitas vezes o poderão. Logicamente que se tratam de direitos que também veiculam pretensões difusas, ligadas à dimensão objetiva dos direitos fundamentais. No entanto, grande parte das vezes já se configuram como pretensões individuais, que não reclamariam prestações estatais universalizantes, porque a depender do nível da omissão parcelas delas poderiam ser exigidas desde logo pela via individual.

posições jurídicas titularizadas: (i) por um único indivíduo; (ii) por grupos, classes e categorias determinadas (ou determináveis); ou (iii) por toda a coletividade indistintamente considerada.

Logicamente que, por uma questão de facilidade e praticidade, seria rigorismo demasiado exigir o uso da expressão “pretensão jurídica” todas as vezes que fosse necessário aludir a um bem jurídico resguardado pelo sistema normativo cuja titularidade fosse atribuída a um indivíduo, a um grupo ou a toda a coletividade. É mais fácil referir-se, genericamente, a um “direito”. Assim, embora seja comum que tais expressões - “direitos” e “pretensões jurídicas” - sejam manejadas indistintamente, a ressalva é fundamental para os momentos em que o objeto da discussão for a sua tutela judicial ou administrativa. Aí será crucial retomar a terminologia adequada sob o prisma técnico-jurídico, por ser exatamente esse ponto a causa das confusões a propósito da exigibilidade administrativa e judicial dos direitos fundamentais sociais.

Tratando-se, por exemplo, da posição jurídica em que o art. 208, I da Constituição Federal investe o cidadão, é mais ágil referir-se ao “direito à educação básica” do que à “pretensão jurídica de acesso ao serviço público de educação básica”. No entanto, tecnicamente, o “direito à educação básica” envolve em seu conteúdo uma série de outras pretensões jurídicas tuteladas por essa locução, deduzidas implicitamente do sistema constitucional ou explicitamente de outras disposições normativas, não se esgotando apenas no acesso a esse serviço público. De fato, a ausência de vaga em um estabelecimento estatal que importe negativa de acesso a tal serviço a um cidadão determinado gera, em seu favor, uma posição jusfundamental individual. Mas outras pretensões, que podem assumir feições transindividuais, decorrem desse mesmo direito fundamental: a gratuidade da prestação (art. 206, IV, CF), o pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (art. 206, III, CF), a garantia de um padrão de qualidade (art. 206, VII, CF), entre tantos outros. O descumprimento de tais deveres constitucionais pela Administração Pública poderá demandar a propositura de ações coletivas, e ainda assim se tratará do “direito fundamental à educação básica”. Vê-se, com o exemplo, que um mesmo direito fundamental social (em sentido amplo) ostenta concomitantemente titularidade individual e transindividual.

Por isso, afirmações taxativas de que este ou aquele direito social é individual, coletivo, ou difuso se mostram inexatas se estiverem levando em conta o direito fundamental em sentido amplo e num plano abstrato. Cuida-se de um erro metodológico comum em que não raro incorrem a doutrina e a jurisprudência. O mais adequado critério para classificar a titularidade de um direito fundamental é a espécie de pretensão material e o tipo de tutela que se busca no momento concreto da sua reivindicação.<sup>168</sup>

Essa ausência de precisão na identificação da natureza da pretensão jurídica que se está a deduzir em juízo é um dos maiores problemas em matéria de proteção judicial de direitos fundamentais sociais. É crucial, para que não haja confusões e equívocos na tutela desses direitos, a percepção apropriada da exata posição jurídica

---

<sup>168</sup> Nesse sentido é o alerta de NERY JÚNIOR, Nelson. Título VI - Disposições finais. In: Ada Pellegrini Grinover *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 922.

que se procura tutelar pela via jurisdicional.<sup>169</sup> Só assim é possível eleger, em conformidade com o ordenamento jurídico e com as sistemáticas individual e coletiva de tutela processual do direito material, quais são os meios, procedimentos e mecanismos próprios para atender integralmente às necessidades da pretensão postulada.

As confusões mencionadas se originam no momento da transposição da situação conflitiva do âmbito do Direito material para a esfera processual, especialmente no tocante à escolha do instrumento de tutela (se individual ou coletiva) e na elaboração do pleito da decisão judicial.<sup>170</sup> Bens jurídicos indivisíveis - e, portanto, ligados a pretensões coletivas - são muitas vezes postulados individualmente pela via processual. Em decorrência de sua *indivisibilidade*, esses bens jusfundamentais transindividuais devem ser, necessariamente, tutelados por instrumentos processuais coletivos, “constituindo verdadeira *heresia* seu tratamento processual cindido, parcial, ou, pior, diversificado”.<sup>171</sup> Lamentavelmente, é o que tem ocorrido no campo dos direitos fundamentais sociais: ignora-se a natureza da pretensão jurídica em jogo (se individual ou coletiva *lato sensu*) para negar ora a tutela coletiva, ora a individual.

O pedido de proteção jurisdicional coletiva é, muitas vezes, rejeitado sob o argumento de que se trata de um “direito individual”, quando na realidade se cuida de uma pretensão genérica transindividual que, uma vez satisfeita, possibilitará em um segundo momento a sua proteção individual. Exemplo disso se passou em ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município de Ribeirão Preto, na qual se pleiteou a tutela de direito individual indisponível de uma pessoa hipossuficiente economicamente e portadora de paraplegia flácida.<sup>172</sup> O juízo de primeiro grau, julgando procedente a demanda, condenou a Municipalidade a garantir à usuária de cadeira de rodas o benefício de um transporte especial (“leva e traz - adaptado”, por meio de *vans*). A Procuradoria de Justiça postulou que, em sede de reexame necessário, o Tribunal de Justiça estendesse *ultra partes* os efeitos da decisão, nos termos do art. 103, II do CDC, para aproveitar a todos os demais cidadãos com deficiência de locomoção que necessitassem do serviço. A Câmara negou o pedido em votação unânime, alegando no acórdão, dentre outros motivos, que a ação proposta “não tutela interesses coletivos ou individuais homogêneos, mas o de uma única pessoa, diante das condições especialíssimas em que se encontrava (...) Interesse heterogêneo, em outras palavras, que não dá azo ao acolhimento da pretensão do *parquet* de segundo grau”.<sup>173</sup> Ainda que o Ministério Público tenha deixado

---

<sup>169</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 33.

<sup>170</sup> Denunciando, de forma geral, a existência de um sério problema no momento de transposição dos conflitos de interesses do plano extraprocessual para a sede processual, inclusive identificando-o como uma das causas expressivas de equívocos em matéria de tutela jurisdicional: WATANABE, Kazuo. Título III – Da defesa do consumidor em juízo, Capítulo I – Disposições gerais. In: Ada Pellegrini Grinover *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 751.

<sup>171</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 55.

<sup>172</sup> O art. 127 da Constituição Federal brasileira confere expressamente ao Ministério Público competência para a defesa de interesses individuais *indisponíveis*.

<sup>173</sup> Confira-se a ementa da decisão: “AÇÃO CIVIL PÚBLICA voltada à prestação de serviço público em prol de deficiente físico. 1. O Ministério Público detém legitimidade ativa para propositura da ação em defesa de direito individual indisponível, diante do que estabelece o art. 127 da CR; anotados

de formular o pedido na inicial, não poderia a questão ser resolvida em grau de apelação/reexame necessário, atendendo-se ao pleito da Procuradoria de Justiça? Tratava-se mesmo de direito individual? E as pessoas deficientes com dificuldade de locomoção que moram na mesma rua ou no mesmo bairro da cidadã beneficiada pela decisão? Deverão ficar desatendidas? Somente ela deverá ter acesso ao transporte especial? Ao que tudo indica, a resposta mais ajustada ao ordenamento constitucional era dar uma solução coletiva à situação, nos termos propostos pelo Ministério Público.

Outras vezes, refuta-se o pleito individual com o argumento de que a pretensão reclama atuação administrativa voltada à realização coletiva do direito, em casos nos quais se trata, simplesmente, de políticas sociais e econômicas já existentes, em pleno funcionamento, mas que por questões circunstanciais foram insuficientes para atender àquele indivíduo em especial. Casos estes que, de fato, poderiam ser solucionados pela via individual, com uma condenação tópica e isolada da Administração Pública, destinada à resolução daquela situação específica ocasionada pela falta de alcance de uma política ou serviço público já desenvolvida(o) de forma eficiente.

É preciso pontuar que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, como visto, adiciona a todos eles uma titularidade transindividual. Isso porque, o cumprimento pelo Estado das obrigações que derivam dessa dimensão enseja uma pretensão jusfundamental de natureza difusa, que interessa a uma série indeterminada de cidadãos. A construção de uma escola, por exemplo, ou de um hospital público. A implementação de uma política de financiamento imobiliário, com a abertura de linhas de crédito mais acessíveis voltadas à aquisição de casas populares. A criação de um benefício assistencial ou previdenciário contra determinado risco social. Num momento prévio, anterior à sua realização pelo Estado, a aspiração à concretização da faceta objetiva do direito fundamental social em questão - educação, saúde, moradia, assistência ou previdência social - ostentará caráter difuso. Após o cumprimento desse dever geral, quando a ação legislativa e/ou administrativa já tiver sido levada a efeito - *v.g.*, criação de normas procedimentais e de estruturas organizativas, implementação de serviços públicos e de políticas sociais - será possível individualizar as parcelas de prestações estatais titularizadas por cada cidadão em concreto, possibilitando então a sua fruição individual.

(b.2.) A relutância quanto à aceitação da defesa judicial coletiva de direitos - sejam eles fundamentais ou não - tem como uma de suas causas aquilo que Elton Venturi chamou de *penumbra conceitual* que assola os direitos supraindividuais. O autor denuncia que, nada obstante o esforço teórico da doutrina e mesmo do legislador brasileiro em estabelecer definições técnicas precisas para as espécies de direitos sujeitos à sistemática processual coletiva, é significativa a “a confusão gerada pela incompreensão de tais categorias”, o que acaba conduzindo à inefetividade desse sistema de tutela jurisdicional de direitos.<sup>174</sup>

---

precedentes do STJ e do STF nesse sentido. (...) 3. Não suscitado e incabível reexame necessário, não cabe alargar os efeitos da coisa julgada segundo autorizado pelo art. 103, II, do CDC. A ação, ademais, não tutela interesses homogêneos - hipótese de incidência da regra, mas individual heterogêneo, a par de não haver sido formulado pedido nesse sentido pelo autor. 4. Ação julgada procedente. Sentença confirmada. Recurso não provido”. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível com Revisão nº 862.676-5/9. Sétima Câmara de Direito Público. Relator Des. Coimbra Schmidt. Julgado em 30.03.2009.

<sup>174</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 84-85.

A tentativa empreendida pelo legislador nacional de estabelecer uma tipologia dos direitos passíveis de proteção pela via coletiva, com base em traços específicos que seriam peculiares a cada uma das diferentes espécies, acaba conduzindo a padronizações prejudiciais à adequada tutela das pretensões jurídicas. Isso resulta da corrente dificuldade de encaixar algumas delas nos termos precisos da conceituação legal de direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos.<sup>175</sup> E a consequência lógica acaba sendo a inadmissibilidade da demanda por suposta ausência de compatibilidade do direito pleiteado com os exatos contornos da categoria prevista pela lei.

Portanto, ainda que sejam consideradas claramente compreensíveis as modalidades de direitos delineadas pelo Código de Defesa do Consumidor, estas não podem significar um atrelamento da tutela judicial “a um rígido enquadramento das pretensões deduzidas em juízo aos esboços conceituais formulados pelo legislador brasileiro”.<sup>176</sup> Em outras palavras: há hipóteses que não se encaixarão perfeitamente nas etiquetas legalmente designadas de direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, e nem por isso se poderá refutar a reivindicação jurisdicional da pretensão em jого por meio das ações coletivas.

As definições e conceituações jurídicas, forjadas em um plano abstrato e estático, não estão sempre aptas a apreender todas as possíveis situações existentes na dinâmica da realidade fática. Isso faz com que as peculiaridades do caso concreto possam vir a torná-lo insuscetível de classificação perfeitamente ajustada aos moldes previamente concebidos pela norma legal, mas ainda assim estar a merecer tutela judicial coletiva. Nem sempre os fatos reais, ocorridos naturalmente, serão capazes de vestir comodamente tais roupagens jurídicas, artificialmente tecidas. Referindo-se à tipologia de interesses transindividuais, José Carlos Barbosa Moreira alerta não ser possível ignorar “que na realidade objetiva a passagem de um a outro se faz, com frequência, por graus insensíveis, e que a riqueza policrômica das situações da vida em sociedade não se deixa aprisionar num espectro intencionalmente esquemático”.<sup>177</sup> Assim, é plenamente admissível, por exemplo, que se apresentem determinados direitos suscetíveis de encaixe simultâneo na categoria de direitos difusos e individuais homogêneos, por conta da cumulatividade das pretensões jurídicas a eles ligados, cuja proteção reclama concomitantemente técnicas de tutela coletiva previstas para ambas as modalidades de direitos.

É o que ocorre, *v.g.*, com o direito dos usuários do serviço público de transporte coletivo urbano à segurança na sua prestação.<sup>178</sup> Antes da ocorrência de qualquer

---

<sup>175</sup> Advertência assinalada por ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 38.

<sup>176</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 44.

<sup>177</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular no Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Revista de Processo**, nº 28, São Paulo, RT, p. 7-19, out./dez. 1982. p. 9.

<sup>178</sup> Lei de Concessões de Serviço Público (Lei nº 8.987/95): “**Art. 6º** Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de *serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários*, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. **§ 1º** Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, *segurança*, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” (grifou-se).

evento lesivo, a pretensão jurídica à prestação de um serviço seguro se configura como transindividual: seria classificada como um direito *difuso*, diante da sua indivisibilidade, passível de proteção mediante uma tutela preventiva, no caso de utilização de uma frota de ônibus em condições temerárias pela empresa concessionária. No entanto, num momento posterior, um acidente decorrente do estado precário de um determinado veículo implicará violação do direito previsto e danos aos usuários do transporte, gerando pretensões jurídico-subjetivas divisíveis e individualizáveis à reparação dos prejuízos causados. Estas últimas se apresentariam como direitos *individuais homogêneos*, merecedores de uma tutela ressarcitória. Cabe cogitar, ainda, de uma demanda que cumule as duas espécies de direitos e de tutelas: a continuidade do emprego da frota deteriorada pela prestadora exigirá, simultaneamente, um provimento que determine a cessação do serviço (direito *difuso*, que beneficiará uma coletividade indeterminada sujeita à sua utilização), e uma decisão que condene a delegatária à reparação dos danos sofridos pelos usuários (direitos *individuais homogêneos*, suscetíveis de individualização para cada titular). O mesmo se poderia dizer no tocante a diversos outros serviços públicos imprescindíveis à satisfação de direitos fundamentais sociais, como os de saúde, distribuição de energia elétrica, tratamento e abastecimento de água, etc.

Portanto, mais relevante do que tentar identificar em qual espécie o direito se encaixa é verificar se a pretensão deduzida admite uma tutela pela via coletiva.<sup>179</sup> Em matéria de direitos fundamentais sociais, o que importa é identificar se a situação fática carente de proteção pela via judicial pode ser tutelada pelos moldes individuais tradicionais, regidos em geral pelo Código de Processo Civil e resultando em uma decisão dotada de efeitos *inter partes*, ou se, diante das características da pretensão deduzida, impõe-se o seu processamento pelo sistema de tutela coletiva. Neste último caso, é irrelevante a tentativa de enquadrar o direito em alguma das fôrmas criadas pelo legislador, sendo suficiente a aceitação de que, havendo sentença procedente, sua eficácia será extensível contra todos os possíveis afetados pelo direito em questão. Dela poderão se beneficiar: (i) as pessoas atingidas pela lesão ao direito postulado em juízo, quando houver danos pessoais passíveis de demonstração; (ii) o grupo, classe ou categoria que ostente vinculação direta com o direito objeto da ação; ou (iii) uma coletividade indeterminada, que por circunstâncias fáticas tenha sido afetada pela lesão do direito em apreço.<sup>180</sup>

No sistema processual brasileiro, a lei empresta à coisa julgada nas demandas coletivas um regime que admite essa extensão dos efeitos das sentenças de procedência, permitindo que sejam aproveitados pela sociedade genericamente considerada (direitos difusos), pelo grupo, classe ou categoria (direitos coletivos) ou pelas vítimas e sucessores (direitos individuais homogêneos). Com isso, a rotulação legal de cada uma dessas espécies de direitos não pode ser erigida como um óbice para a sua adequada tutela por instrumentos processuais coletivos, já que a proteção

<sup>179</sup> Nessa linha, sublinha Elton Venturi: “o que importa, efetivamente, é a verificação da conjugação entre a presunção de legitimação (*ex lege*) da entidade autora e a verificação do interesse em se obter, concentrada e indivisivelmente, resposta jurisdicional a pretensões processuais transindividuais (...), para fins de viabilização da tutela coletiva”. VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 92.

<sup>180</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 93.

de uma delas pode, com frequência, aproveitar às demais modalidades de pretensões jurídicas.<sup>181</sup> Em tais situações, cabe ao intérprete adequar os procedimentos e técnicas processuais às circunstâncias do caso concreto, sem deixar qualquer dimensão do direito em questão carente de proteção judicial.

É inadmissível, pois, um apego excessivo e rigoroso à classificação legal das categorias de direitos sujeitos ao sistema de defesa judicial coletiva, haja vista a existência de uma linha tênue entre elas.<sup>182</sup> A afirmação pode ser verificada pelo fato de que o próprio legislador autorizou que, num mesmo procedimento, as sentenças de procedência prolatadas em ações envolvendo direitos difusos e direitos coletivos sejam utilizadas para beneficiar titulares de direitos individuais homogêneos (art. 103, §3º do CDC).<sup>183</sup> Estes poderão lançar mão das decisões, tal como se fosse a condenação genérica própria da ação civil coletiva, para ingressar diretamente na fase de liquidação e execução de sentença demonstrando prejuízos pessoais por eles sofridos, que justifiquem uma individualização da indenização. Vale dizer: em uma ação coletiva vise à reparação de uma lesão de natureza difusa, os cidadãos afetados de maneira particular pelos danos causados estão legalmente autorizados a utilizar a sentença proferida com eficácia *erga omnes* para reivindicar, diretamente na fase de liquidação e execução, a reparação pelos prejuízos pessoalmente experimentados. O mesmo se diga quanto ao provimento exarado em demanda que teve por objeto a proteção de direitos individuais homogêneos: se a quantidade de indivíduos habilitados para liquidação e execução da sentença condenatória genérica for considerada incompatível com a gravidade do dano, o juiz fixará a chamada *fluid recovery*, destinando a condenação subsidiária em favor do fundo previsto no art. 13 da Lei da Ação Civil Pública (art. 100, *caput* e parágrafo único do CDC).<sup>184</sup> Conjugue-se, pois, uma tutela de pretensão difusa a uma ação destinada a salvaguardar direitos individuais homogêneos.<sup>185</sup>

Assim ocorreria, por exemplo, com uma empresa que transportasse em uma via urbana um produto tóxico sem a utilização dos dispositivos de proteção necessários, descumprindo com isso normas ambientais. A conduta irregular geraria tanto uma ameaça geral à coletividade indistintamente considerada, quanto o risco concreto de

---

<sup>181</sup> VENTURI, Elton. *Idem*, p. 87-88.

<sup>182</sup> Manifestando-se pela desnecessidade de uma tipificação legal de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, por considerar que bastaria que a lei conferisse a determinadas pessoas, em certas circunstâncias, a legitimação para propor a ação e uma extensão ampla dos efeitos da coisa julgada: LEAL, Márcio Flávio Madra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998. p. 196.

<sup>183</sup> Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90): “**Art. 103.** (...) **§3º.** Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99”.

<sup>184</sup> Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90): “**Art. 100.** Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida. **Parágrafo único.** O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985”.

<sup>185</sup> VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo...** *Op. Cit.*, p. 97.

danificar a saúde de moradores do bairro por onde habitualmente trafega a viatura de carga. Imagine-se que, constatando o frequente derramamento do produto nocivo ao longo do trajeto, a associação dos moradores do bairro proponha ação civil pública postulando uma determinação judicial de adequação do veículo transportador às regras legais de precaução, em prol do direito *coletivo stricto sensu* ao meio-ambiente saudável titularizado pelos habitantes daquela vizinhança, bem como a reparação dos danos ocasionados. Nada obstará que os efeitos da decisão, em princípio *ultra partes* e dirigidos somente à categoria de pessoas representada pela associação (moradores do bairro), fossem estendidos *erga omnes*, com a condenação da empresa ao pagamento de indenização por violação a direito *difuso*, a ser revertida ao Fundo Estadual de Proteção ao Meio-Ambiente. Também se poderia admitir, na fase de liquidação e execução de sentença, que moradores de outros bairros por onde a viatura fora conduzida se habilitassem para receber suas respectivas indenizações singularizadas, a título de direitos *individuais homogêneos*, mediante a comprovação de danos particularizados e do nexo causal. Ou seja: em uma mesma demanda coletiva, baseada em um único fato, seriam protegidos os três tipos de direitos que, segundo o Código de Defesa do Consumidor, são passíveis de tutela jurisdicional molecular.

Note-se, com isso, que mesmo o direito fundamental ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, tradicionalmente encarado como um direito *difuso*, pode ensejar concretamente uma titularidade individual. O *caput* do art. 225 assegura a todos tal direito, que nesse ponto de fato se manifesta com roupagem de direito difuso,<sup>186</sup> ao passo que o §3º do mesmo dispositivo garante o direito à reparação dos danos causados pelos agentes que o lesionarem.<sup>187</sup> Nesse caso, logicamente que a tutela judicial postulada por violação do direito fundamental ao meio-ambiente deverá servir para ressarcir tanto os prejuízos causados difusamente a toda a coletividade, quanto os danos pessoais experimentados por cidadãos determinados, titulares de direitos individuais homogêneos.<sup>188</sup> Cuida-se de uma titularidade simultaneamente individual e transindividual.

No campo dos direitos fundamentais sociais, é extremamente comum que o atendimento a uma pretensão de natureza supraindividual acabe por beneficiar posições jurídicas individuais, não desfrutáveis antes da concretização da prestação estatal coletiva. O crucial será verificar, a cada caso, se o mais indicado é a satisfação pontual da pretensão individualizada, ou se o ideal será a determinação de uma ação administrativa coletiva que resolva, a uma só vez, as carências de múltiplos titulares de direitos fundamentais sociais que se encontram em idêntica situação.

---

<sup>186</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “**Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

<sup>187</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “**Art. 225.** (...) **§3º.** As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

<sup>188</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo...** *Op. Cit.*, p. 48.

Diante da constatação de que um mesmo direito pode ostentar simultaneamente uma titularidade individual e transindividual, a escolha pela forma adequada de tutela processual (coletiva ou individual), em cada circunstância, deverá levar em conta o elemento que se revela *preponderante* naquela situação concreta.<sup>189</sup> Mencione-se o direito fundamental de greve, por exemplo, assegurado pela Constituição aos servidores públicos<sup>190</sup> e aos trabalhadores da iniciativa privada.<sup>191</sup> Cada trabalhador detém a pretensão individual constitucionalmente protegida de fruir desse direito; porém, tais posições jurídicas serão necessariamente exercitadas de maneira *coletiva*. Por essa razão, via de regra, a tutela das questões relativas a esse direito fundamental será reivindicada mediante instrumentos coletivos.<sup>192</sup> Mas é possível, sob outra perspectiva, cogitar da hipótese de um trabalhador em particular ter sofrido descontos salariais indevidos decorrentes da fruição individual desse direito, como nas circunstâncias em que mediante acordo com o empregador, resultante da negociação, resolve-se a paralisação como interrupção e não como suspensão do contrato de trabalho.<sup>193</sup> Ele poderá, isoladamente, reivindicar o pagamento do montante que lhe foi ilicitamente subtraído. Mas se a situação tiver ocorrido com outros trabalhadores de sua categoria, nada impede que o sindicato, *coletivamente*, busque a tutela judicial dos direitos individuais homogêneos dos empregados, oriundos de uma origem comum.

O que irá demonstrar, portanto, a natureza jurídica da titularidade do direito - se

---

<sup>189</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos...** *Op. Cit.*, p. 47.

<sup>190</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “**Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) **VII** - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”.

<sup>191</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “**Art. 9º.** É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”.

<sup>192</sup> Como o mandado de segurança coletivo, nos termos do art. 5º, LXX, “b” da Constituição Federal e arts. 21 e 22 da Lei nº 12.016/2009. A tutela judicial poderá se dar, também, pelo mandado de injunção coletivo, quando a falta de norma regulamentadora tornar inviável o exercício do direito de greve, como ocorre no caso dos servidores públicos, frente à ausência de lei específica, exigida pelo art. 37, VII da CF, que discipline os limites e termos em que será exercido esse direito. Em 2007, o Supremo Tribunal Federal julgou na mesma sessão os Mandados de Injunção coletivos nºs 670-ES, 708-DF e 712-PA, relatados pelos Ministros Gilmar Ferreira Mendes e Eros Roberto Grau, por meio dos quais os impetrantes pleiteavam a regulamentação do exercício do direito de greve dos servidores públicos civis. A Corte, nos acórdãos, criou o conjunto normativo regulamentador, aplicando à hipótese a Lei nº 7.783/89 (que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada), combinada com determinadas ressalvas pertinentes ao princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos, viabilizando assim o exercício do direito em comento.

<sup>193</sup> Nos casos de *interrupção* do contrato de trabalho, há uma cessação temporária da prestação dos serviços pelo trabalhador, que continua fazendo jus ao recebimento de sua remuneração. Nas hipóteses de *suspensão*, por sua vez, opera-se uma sustação bilateral do pacto laboral, ficando ambas as partes - empregador e empregado - dispensadas de cumprir com as suas obrigações contratualmente estipuladas. A greve, por força do art. 7º da Lei 7.783/89, inicia-se como causa de *suspensão* do contrato, autorizando-se em princípio os descontos salariais dos trabalhadores que aderirem ao movimento paredista; mas pode converter-se em *interrupção*, se assim for acordado por meio de negociação coletiva. Nesse último caso, o pagamento da remuneração dos trabalhadores será devido pelo empregador.

individual ou transindividual - não é o próprio direito, abstratamente considerado, mas sim a *pretensão jurídica* a ele vinculada que se pretende proteger em cada situação concreta. O fator crucial para o enquadramento da pretensão em uma das espécies de direito tutelável por meio do processo coletivo é o pedido formulado. A partir dele será possível identificar o caráter do objeto da demanda.<sup>194</sup>

## 5. BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2004.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AMARAL, Gustavo. **Direitos, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Direito Público e Direito Privado: panorama atual da doutrina, possibilidades de diferenciação e estabelecimento de pontos de contato. In: Claudio Martín Viale. (Org.). **Derecho Común y Derecho Administrativo**: diferencias y contactos. Córdoba: Lerner, 2009.

BARBOSA, Mariana Gracioso. O Supremo Tribunal Federal e a política de fornecimento de medicamentos para tratamento da AIDS/HIV. **Revista Jurídica**, v. 9, n. 88, Brasília, Presidência da República, p. 01-39, dez./2007-jan./2008. p. 13. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_88/MonoDisTeses/MarianaBarbosa.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_88/MonoDisTeses/MarianaBarbosa.pdf)>. Acesso em 15 jan. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o Estado Total e o Estado Social**: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar. São Paulo, 2003. 172 f. Tese de Livre-Docência – Departamento de Direito Econômico e Financeiro – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BONNARD, Roger. Les droits publics subjectifs des administrés. **Revue du droit public et de la science politique en France et a l'etranger**, Paris, v. 49, p. 695-728, 1932.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 448.647/PR.

<sup>194</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada...** *Op. Cit.*, p. 71.

---

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos em Recurso Especial nº 441.815/SC. Relatora Min. Laurita Vaz. Terceira Seção. Julgado em 22.08.2007. DJ 10/09/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 119.961-1/RS. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Segunda Turma. Julgado em 19.10.2010. DJe 28.10.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 126.411-6/RS. Relator Min. Herman Benjamin. Segunda Turma. Julgado em 18.10.2011. DJe 13.04.2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 506.000/RS. Relator Min. José Delgado. Primeira Turma. Julgado em 05.06.2003. DJ 08.09.2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 946.533/PR. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura. Sexta Turma. Julgado em 10.05.2011. DJe 13.06.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 382.298. Relator Min. Carlos Velloso. Relator p/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Julgado em 04.05.2004. DJ 28.05.2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 e Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277. Relator Min. Carlos Ayres Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 05.05.2011. Divulgado em: 13.10.2011. Publicado em: 14.10.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712. Relator Min. Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 25.10.2007. DJe-206 Publicado em 31.10.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 721. Relator Min. Marco Aurélio. Tribunal Pleno. Julgado em 30.08.2007. DJU 30.11.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 788. Relator Min. Carlos Britto. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2009. DJU 08.05.2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 795. Relatora Min. Cármen Lúcia. Tribunal Pleno. Julgado em 15.04.2009. DJU 21.05.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível com Revisão nº 862.676-5/9. Sétima Câmara de Direito Público. Relator Des. Coimbra Schmidt. Julgado em 30.03.2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

CUNHA, Alcides Alberto Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. **Revista de Processo**, nº 77, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 224-235, jan./mar. 1995.

DÍEZ-PICAZO, Luis María. **Sistema de derechos fundamentales**. 3. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Justice for hedgehogs**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

ESPANHA. Tribunal Constitucional. Sentencia nº 25/1981 del Tribunal Constitucional, Pleno, 14 de Julio de 1981.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Normas constitucionais programáticas: normatividade, efetividade, operacionalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Camila Duran; OLIVEIRA, Ana Carolina C. de; MACHADO, Ana Maria F.; NAHOUM, André V.; FERRÃO, Brisa L. de M.; CARDOSO, Evorah L. C.; FRANCO, Leandro A.; GUERRA, Marcele G.; BRAGA, Marco Aurélio C.; PUCCI, Rafael D.; BURANELLI, Vinícius C. O Judiciário e as políticas públicas de saúde no Brasil: o caso AIDS. In: **Prêmio Ipea 40 anos - IPEA-CAIXA 2004**: monografias premiadas. Brasília: IPEA, 2005.

FINGER, Ana Cláudia. O público e o privado na Administração Pública. In: Edgar Guimarães (Coord.). **Cenários do Direito Administrativo**: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FREITAS, Juarez. Omissão administrativa e o teste de proporcionalidade. **Interesse Público**, nº 78, Belo Horizonte, Fórum, p. 15-27, mar./abr. 2013.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo. **Derechos fundamentales y garantías institucionales**: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación; autonomía local; opinión pública). Madrid: Civitas, 1994.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La dimensión objetiva de los derechos sociales**. Barcelona: Bosch Editor, 2010.

GAVARA DE CARA, Juan Carlos. **La proyección interna de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales**: el art. 10.1 CE. Barcelona: Bosch Editor, 2011.

GIDI, Antonio. **A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos**: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências na tutela jurisdicional dos interesses difusos. **Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia**, v. 13, n. 1-2, Uberlândia, p. 1-34, 1984.

HÄBERLE, Peter. **La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales**. Madrid: Dykinson, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Le libertà fondamentali nello Stato Costituzionale**. Roma: La Nuova Italia Scientifica, 1993.

HACHEM, Daniel Wunder. A construção de uma nova configuração jurídica para o mandado de injunção. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 9, n. 38, p. 129-166, out./dez. 2009.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**, v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417/324>>. Acesso em 15 ago. 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. **Mandado de injunção e direitos fundamentais**: uma construção à luz da transição do Estado Legislativo ao Estado Constitucional. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. **El costo de los derechos**: por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**. Os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

---

LEAL, Márcio Flávio Madra. **Ações coletivas**: história, teoria e prática. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1998.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Em torno da “reserva do possível”. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Justicia colectiva**. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2010.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos**: conceito e legitimação para agir. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**: teoria das ações coletivas. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MÂNICA, Fernando Borges. Saúde: um direito fundamental social individual. **Revista Brasileira de Direito da Saúde**, v. 1, Brasília, CMB, p. 21-34, jul./dez. 2011.

MARTINS, Maria D'Oliveira. **Contributo para a compreensão da figura das garantias institucionais**. Coimbra: Almedina, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. **Mandado de segurança e ações constitucionais**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O princípio do enriquecimento sem causa em Direito Administrativo. In: \_\_\_\_\_. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações coletivas no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MODESTO, Paulo Eduardo Garrido. Inconstitucionalidade por omissão (categoria jurídica e ação constitucional específica). **Revista de Direito Público**, nº 99, São Paulo, p. 115-127, jul./set. 1991.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular no Direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”. **Revista de Processo**, nº 28, São Paulo, RT, p. 7-19, out./dez. 1982.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A legitimação para a defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. **Revista Forense**, v. 77, nº 276, Rio de Janeiro, p. 1-6, out./dez. 1981.

NERY JÚNIOR, Nelson. Título VI – Disposições finais. In: Ada Pellegrini Grinover *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**: um estudo comparado dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007.

ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**: ensaios. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: José Adércio Leite Sampaio (Org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCAFF, Fernando Facury. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: Ingo Wolfgang Sarlet; Luciano Benetti Timm (Coords.). **Direitos fundamentais**: orçamento e “reserva do possível”. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1927.

SILVA, Virgílio Afonso da. O Judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira de Souza Neto; Daniel Sarmento (Coords.). **Direitos Sociais**: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SMEND, Rudolf. **Constitución y Derecho Constitucional**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo**: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. São Paulo: Malheiros, 2007.

WATANABE, Kazuo. Título III – Da defesa do consumidor em juízo, Capítulo I – Disposições gerais. In: Ada Pellegrini Grinover *et al.* **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. **Revista de Processo**, v. 20, n. 78, São Paulo, RT, p. 32-49, abr./jun. 1995.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. **Da intervenção do Estado no domínio social**. São Paulo: Malheiros, 2009.

Recebido em 18/11/2013  
Aprovado em 28/11/2013