

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

TIAGO CARDOSO ZAPATER

**INTERESSES DIFUSOS NA TEORIA JURÍDICA – CONFLITUOSIDADE E
JURISDICIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2007**

Pontifícia Universidade Católica – São Paulo
Mestrado em Direito das Relações Sociais – Direitos Difusos e Coletivos
2º Semestre – 2007

**INTERESSES DIFUSOS NA TEORIA JURÍDICA – CONFLITUOSIDADE E
JURISDICIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito das Relações Sociais – concentração em Direitos Difusos e Coletivos, sob a orientação da Profa. Dra. CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA.

Direito das Relações Sociais – Direitos Difusos e Coletivos
Orientadora: Profa. Doutora CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA
Aluno: TIAGO CARDOSO ZAPATER

BANCA EXAMINADORA

AGRADECIMENTOS

À Professora Doutora Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, pela confiança depositada em mim ao assumir a orientação da dissertação, pelos profundos ensinamentos e críticas que ajudaram a construir o presente trabalho e pelo indispensável apoio e confiança com os quais vêm orientando minha carreira acadêmica.

Ao Professor Celso Fernandes Campilongo, cuja obra serviu como ponto de partida para este estudo, pelo atencioso amparo acadêmico, pela incansável disponibilidade, esclarecimento de dúvidas e indicação de bibliografia.

Aos Professores Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Willis Santiago Guerra Filho, cujos ensinamentos filosóficos ensinaram novas e fecundas formas e possibilidades de pensar em como pensar o direito.

A Pedro da Silva Dinamarco, pelos ensinamentos acadêmicos e profissionais, sempre mutuamente incluídos, e pelas constantes trocas de idéias, muitas das quais desenvolvidas no presente estudo.

Aos antigos e atuais colegas da equipe de Direito Ambiental da PUC-SP, queridos mestres e amigos, Érika Bechara, Lúcia Reiszewitz, Teresa Cristina, Sérgio Luis Mendonça e Laura Martins e, especialmente, a André Geraldês, cuja atenta leitura, revisão, crítica e incentivo do presente estudo foram essenciais.

No plano acadêmico, dedico o presente trabalho a esses mestres, pois é, com humildade, fruto direto de seus ensinamentos e dos estudos deles decorrentes.

No plano familiar, agradeço à minha avó Wilma e meus tios Renato e Meg que, em diferentes momentos, me acolheram com carinho e hospitalidade por temporadas em suas casas para imersão em minhas pesquisas. Também aos meus pais Sérgio e Elizabeth e meus irmãos Máira e Marcos pelo constante incentivo aos estudos.

Aos meus colegas no escritório Dinamarco e Rossi pela intensa e constante troca de idéias e pela incondicionada compreensão de minhas ausências para dedicar-me a este estudo.

Aos colegas da graduação, cuja remanescente amizade é a parte mais essencial da minha formação acadêmica, os chinelos da PUC-SP, Rogério, Ricardo, Daniel, Cristiano, Fábio, Rodrigo, Carlos, Marco, Roque, Denis, Gustavo, Newton, Felipe e, particularmente, Luis Fernando, que incentivou e orientou meu ingresso no mestrado e na carreira acadêmica.

Por fim e por tudo à Vanessa. Por estar desde o mais absoluto início ao meu lado. Por ter acompanhado e construído comigo cada etapa deste estudo desde a sua mais incipiente concepção. Pela sua atenta leitura e revisão, mesmo em meio aos estudos para o concurso da magistratura bandeirante, que hoje tem a honra de tê-la como magistrada. Por aceitar ser minha esposa e pelo imensurável amor que, ao me permitir ver o mundo com os seus olhos, me deu um mundo completamente novo e só nosso.

RESUMO

A premissa fundamental do trabalho é a de que as instâncias teóricas e dogmáticas dos interesses difusos estão vinculadas a premissas sociológicas e filosóficas que não se sustentam na sociedade contemporânea. De modo paradoxal, ao mesmo tempo em que a teoria jurídica dos interesses difusos se apóia fortemente em pressupostos sociológicos (como o conceito de sociedade massas), a dogmática da sua metodologia tende a substituir a observação do direito na sociedade (e da sociedade na qual o direito opera) por uma retórica de valores e princípios que não dá conta de traduzir a complexidade de uma sociedade que não conta com qualquer ordem externa de valores ou instância unívoca de representação dos interesses.

Como as instâncias teóricas do direito (que amparam as construções dogmáticas) não contam com uma instância epistemológica que lhes capacite a observação dos limites do sistema jurídico que observam na sociedade (em face de outros sistemas), a dogmática jurídica perde a capacidade de oferecer critérios de juridicidade para a decisão jurisdicional. O controle do que é ou não é direito é projetado para a instância de formulação dos interesses difusos: o sistema político. Esse estado de coisas faz com que o sistema jurídico passe a operar com critérios próprios do sistema político (como a proporcionalidade e razoabilidade), permitindo o uso do sistema jurídico para ativação e justificação de programas políticos que violem outros direitos e interesses.

Essa questão está diretamente ligada ao problema da conflituosidade interna dos interesses difusos, que reflete um conflito de participação política (capacidade de influenciar decisões) em um interesse indivisível (e não um conflito entre interesses opostos, como se costuma pensar). Quando é jurisdicionalizada essa conflituosidade de natureza ainda política (cujo corolário é a politização do Judiciário) e não se observam os limites operacionais entre os sistemas jurídico e político, interesses que gozam de pouca força política frente a outros interesses – como parece ser o caso de determinados interesses difusos frente a interesses econômicos – acabam perdendo espaço também de proteção jurídica. Vale dizer, quanto mais se jurisdionaliza a Política e se politiza a Justiça, maior a tendência a que interesses que gozam de pouca força *política* percam em proteção *jurídica*, o que é reflexo da perda de autonomia do sistema jurídico, ou seja, perda da capacidade de controlar o seu código (direito/não-direito), cuja exclusividade o diferencia funcionalmente na sociedade (problemas jurídicos devem se resolver juridicamente).

Outra consequência desse estado de coisas, pouco refletida pela doutrina, é que, elevados à categoria de direitos fundamentais, os direitos difusos perdem a capacidade de proteger juridicamente o indivíduo em face da atuação estatal e se tornam mecanismo de ativação e legitimação da intervenção do Estado para concretizar interesses difusos, definidos politicamente, em violação de outros direitos.

ABSTRACT

The fundamental premise of the present work says that the diffuse interests theoretic and dogmatic instances are attached to sociological and filosofical premises that one cant hold before complex society. Paradoxally, while the theory of diffuse interest is strongly supported by sociological premises (as the concept of mass society), the dogmatism of it's methodology tends to substitute the observation of law in society (and of the society in which the law operates) for a values and principles rhetoric, which does not comply with representing the complexity of a society that does not count with any external order of values or an unmistakable instance for interests representation.

Once law's theoretical instances (which supports dogmatic legal constructions) does not count with an epistemological instance, which enables them to observe the limits of the legal system that they observe in society (before other social systems), dogmatic legal science loses its capability of offering legal criteria for judicial legal decision. The control of what is and what isn't law is projected to the diffuse interests formulation instance: the political system. This state of affairs makes the legal system start to operate with political criteria (such as proportionality and reasonability), allowing the use of the legal system for the activation and justification of political programs that violate other rights and interests.

This question is strictly attached to the inherent conflictuality of the diffuse interests, which reflects a political participation conflict (capacity of influence other's decisions) over an indivisible interest (and not a conflict between opposite interests, as usually thought). Whenever this conflictuality is brought to judicial decision while its nature still political (which leads to court politization) and the operational limits between the legal and political systems are not observed, interests that count which little political force, before other interests – which seems to be the case of some diffuse interests before economical interests – ends loosing legal protection. That is to say, the more Politics is brought to judicial decisions and the more Justice is politized, bigger is the tendency towards lost of legal protection to interests which counts with little political force, which reflects the legal system's loosing of autonomy, that is, the lost of the capability of controlling it's own code (right/unright), which exclusivity functionality differentiates it in society (legal problems must be solved legally).

Other consequence from this state of affairs, for which legal doctrine shows little concern, is that, brought to the level of fundamental rights, diffuse rights loses its capacity of legally protecting the individual against the State's intervention and become a mechanism for activate and legitimate State intervention to comply with diffuse interests, politically defined, suspending or violating other different rights.

S u m á r i o

INTRODUÇÃO	9
I – PROBLEMAS METODOLÓGICOS DE UMA TEORIA DE TEORIAS.....	13
I.1. – TEORIA PURA E TEORIA IMPURA	15
I.2. – TRIDIMENSIONALISMO E METODOLOGIA.....	22
I.3. – A SOCIOLOGIA JURÍDICA E O DIREITO COMO EXPERIÊNCIA	26
I.4. – DOGMÁTICA JURÍDICA E PESQUISA EM DIREITO.....	37
I.5. – ABORDAGEM ZETÉTICA E ABORDAGEM DOGMÁTICA	47
II. – A ABORDAGEM EPISTEMOLÓGICA.....	49
II.1. – EPISTEMOLOGIA JURÍDICA NA TEORIA JURÍDICA	49
II.2. – PARADIGMAS DA TEORIA JURÍDICA E INTERESSES DIFUSOS	54
II.3. – PARADIGMA DO DIREITO SOCIAL E OS INTERESSES DIFUSOS	60
III. – INTERESSES DIFUSOS NA TEORIA JURÍDICA: CONFLITUOSIDADE E JURISDICIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA.....	69
III.1. – INTERESSES METAINDIVIDUAIS RECIPROCAMENTE CONSIDERADOS: INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS	73
III.2. – DOGMÁTICA CONCEITUAL DOS INTERESSES DIFUSOS.	84
III.2.1. – Indeterminação dos sujeitos e indivisibilidade do objeto.....	86
III.2.2. – Máxima conflituosidade e a Jurisdição Coletiva.....	90
III.3. – TEORIA DOS INTERESSES DIFUSOS: ACESSO À JUSTIÇA	101
III.3.1. – Acesso à Justiça: interesse e processo no Estado de Bem-Estar	108
III.3.2. – Direito Subjetivo e Interesse Legítimo: a equiparação funcional	119
III.3.2.1. – <i>Direito e Interesse na Teoria Jurídica</i>	135
III.3.2.2. – <i>Interesse Público, Interesse Difuso e Bem Comum</i>	166
III.3.3. – Síntese conclusiva: direito, interesse e programas políticos	177

III.4. – INTERESSES DIFUSOS NA TEORIA CONSTITUCIONAL.....	188
III.4.1. – Constituição Dirigente e Normatividade dos Princípios.	195
III.4.2. – Interesses Difusos como Direitos Fundamentais e Dever de Tutela	207
III.4.3. – Preceito da Proporcionalidade.....	222
III.4.4. – Síntese conclusiva: Direitos Difusos Fundamentais, valores e política.	236
IV. – REFLEXÕES CRÍTICAS CONCLUSIVAS.....	244
V. – CONCLUSÕES.....	250
BIBLIOGRAFIA	260
APÊNDICE – ORIGINAIS DAS TRADUÇÕES LIVRES	270

INTRODUÇÃO

O *objetivo* do presente estudo é investigar a conflituosidade interna dos interesses difusos, bem como as suas relações com a chamada jurisdicionalização da política, à luz da epistemologia e sociologia jurídica. Pretende-se, assim, traçar uma observação do fenômeno da tutela dos interesses difusos que possa servir como instância de reflexão para a epistemologia, a teoria, bem como para a dogmática jurídica desses interesses.

A *metodologia* adotada para essa observação será a de uma abordagem epistemológica, ou seja, uma análise crítica dos fundamentos da própria doutrina, vale dizer, dos marcos teóricos e epistemológicos nos quais se insere a doutrina predominante acerca dos interesses difusos. Pretende-se investigar, por meio de uma re-leitura da evolução histórica do próprio pensamento jurídico, filosófico e sociológico acerca dos interesses difusos, os alicerces da doutrina que permitam identificar os seus padrões de pensamento (paradigmas). Por meio da análise desses paradigmas do pensamento jurídico que trata dos interesses difusos, se buscará analisar a conflituosidade interna desses interesses e a jurisdicionalização da política que com ela se relaciona.

A *principal dificuldade* nessa empresa é de natureza metodológica. Os parâmetros estabelecidos de cientificidade para a pesquisa jurídica, em especial no Brasil, apresentam ainda muitos obstáculos epistemológicos, que tendem a ver o tipo de abordagem a ser aqui utilizada como não-científica e de relevância meramente acadêmica. Há ainda resistência no meio científico-jurídico em aceitar a cientificidade (jurídica) de pesquisas em direito que não tenham como objeto de trabalho o ordenamento positivo. Há também relevante resistência à pesquisa interdisciplinar em direito, vale dizer, que faça uso das perspectivas de outras ciências (filosofia, sociologia, etc.) para analisar fenômenos jurídicos.

Além das resistências acadêmicas decorrentes da rigidez dos parâmetros de cientificidade, há também dificuldades metodológicas inerentes à proposta do presente estudo. Tomar o pensamento jurídico como objeto de estudo implica fazer recortes na doutrina para selecionar aquilo que, na visão do autor, representa o pensamento predominante a ser investigado, o que pode acabar por desconsiderar posicionamentos divergentes expressivos.

Há, ainda, a dificuldade de se trabalhar com indecidibilidades. O estudo não pretende adotar qualquer postura jurídico-dogmática em relação à validade ou invalidade jurídica dos pensamentos que pretende investigar – no sentido de considerar uma decisão fundada neles legal ou ilegal – até porque não se pretende trabalhar a partir do ordenamento positivo. Isso significa que as eventuais soluções para as problemáticas abordadas deverão ser buscadas por meio de uma análise de coerência conceitual-histórico-sociológica, e não de subsunção ao ordenamento ou à posição dominante na jurisprudência.

Dado esse quadro, há a necessidade preliminar de se buscar ultrapassar as barreiras epistemológicas anunciadas. Para esses fins, o trabalho está dividido, essencialmente, em três capítulos.

O *primeiro capítulo* visa a justificar e fundamentar a opção metodológica da abordagem que se pretende utilizar, que pode ser chamada de epistemológica, na medida em que descreve seu objeto (tutela jurídica dos interesses difusos) não como um fenômeno puramente observado, mas como observações de observações desse fenômeno, ou seja, estuda o próprio alicerce teórico da construção semântica da tutela dos interesses difusos, vale dizer, é um estudo do pensamento jurídico acerca dos interesses difusos, por isso, um estudo epistemológico. Trata-se assim de um momento de auto-fundamentação da pesquisa que tem por objetivo demonstrar a viabilidade científica da abordagem eleita diante do cenário atual da dogmática jurídica e dos padrões de pesquisa científica em direito.

O *segundo capítulo* busca apresentar e elucidar a própria epistemologia jurídica e seu objeto enquanto ciência e método, bem como aplicá-la para identificar os paradigmas epistemológicos e teóricos sobre os quais se encontram construídas as principais teorias acerca da tutela jurídica dos interesses difusos.

O núcleo duro do presente trabalho está no *terceiro capítulo*, que se destina à investigação de como, por meio desses paradigmas, as instâncias teóricas e dogmáticas dos interesses difusos, ao tratarem da sua conflituosidade interna, conduzem o sistema jurídico a expandir-se sobre o sistema político, a chamada jurisdicionalização da política, que tem como consequência não refletida pela doutrina a perda de autonomia do sistema jurídico para o sistema político, vale dizer, o uso político dos interesses difusos.

O presente estudo – importa adiantar – não comportará, como se poderia pensar, uma tentativa de reconstrução da teoria dos interesses difusos a partir de outros paradigmas, vale dizer, da apresentação de uma solução, ou alternativa, para os problemas que se pretende aqui investigar. Uma tal proposta parece possível e fecunda, mas deixa-se para um outro momento. Aqui, tratar-se-á apenas de identificar, por meio de cortes epistemológicos, determinadas causas e conseqüências da jurisdicionalização de questões políticas na teoria dos interesses difusos. Pretende-se com essa proposta chamar a atenção para as bases teóricas do problema e apontar um campo fértil para futuras investigações em uma teoria geral, filosofia, sociologia e mesmo na dogmática dos interesses difusos.

Cumpra também apontar que as instâncias teórica, metodológica e epistemológica de onde partem as observações traçadas no presente estudo (o ponto de vista do observador não observado), fundamentam-se largamente na Teoria dos Sistemas Autopoiéticos de NIKLAS LUHMANN e nas obras de dois importantes interlocutores dessa teoria: o italiano RAFFAELE DE GIORGI e o brasileiro CELSO FERNANDES CAMPILONGO.

Contudo, não se pretende abordar os marcos teóricos da proposta luhmaniana no presente estudo. Seus conceitos serão utilizados e explicados apenas na medida em que se mostre necessário para compreensão das idéias no texto. É certo que o leitor já introduzido na teoria dos sistemas identificará com facilidade o amplo amparo por ela fornecido às observações a serem aqui traçadas e, talvez por isso, sinta falta de um aprofundamento mais intenso, mas acredita-se não se tratar de um conhecimento prévio necessário para a compreensão das idéias que se pretende aqui discutir.

Pode-se dizer que o presente estudo *usa* a perspectiva da teoria dos sistemas luhmaniana para dissertar sobre a teoria dos interesses difusos, mas essa perspectiva em si não integra – autologicamente – o objeto dissertado, o que se acredita, todavia, não trazer qualquer prejuízo para a compreensão do estudo.

Espera-se, enfim, que o trabalho contribua para demonstrar a necessidade de uma abertura maior da teoria dos interesses difusos a uma teoria da sociedade adequada à descrição da sociedade complexa, bem como para apontar determinados aspectos negativos da jurisdicionalização de questões políticas, decorrente da alta conflituosidade dos interesses difusos, e que deveriam merecer atenção mais cuidadosa – e, em alguns casos, menos empolgação – por parte da doutrina.

A crítica a ser aqui deduzida pode ser condensada na afirmação de que: ao passo em que a teoria dos interesses difusos busca concretizar um direito apto a preencher todas as necessidades da sociedade e da vida em sociedade, é deixado um vácuo no lugar do conceito de justiça. Preenchidas as necessidades e criados vácuos, o direito perde a capacidade de manipulação da juridicidade (diferença entre direito e não-direito) e se sujeita a ser dominado pelas instâncias de formulação dessas necessidades da coletividade (interesses difusos), por excelência, a política.

Por fim, antes de iniciar o estudo propriamente dito, impende observar que o autor optou por, na análise da doutrina jurídica, transcrever, na maior medida do possível, enxertos dos pensamentos analisados para que o leitor possa ter acesso imediato – ainda que por meio do recorte do autor – a esse pensamento. Para uma melhor fluência da leitura buscou-se concentrar essas transcrições nas notas de rodapé, salvo quando sua abordagem analítica integra a idéia que se pretende construir no texto.

Indica-se ainda que os enxertos de obras na língua inglesa e italiana foram traduzidos livremente pelo autor e seus originais encontram-se no Apêndice, com a devida indicação do local da respectiva tradução no corpo do trabalho. Os enxertos das obras em espanhol foram mantidos no original por conta da proximidade com a língua portuguesa, acreditando-se não haver qualquer prejuízo para a inteligência do trabalho.

I – PROBLEMAS METODOLÓGICOS DE UMA TEORIA DE TEORIAS

Como já anunciado, o propósito do presente estudo é fornecer elementos para uma reflexão sobre os interesses difusos a partir de um enfoque epistemológico, buscando novos diagnósticos para o problema da conflituosidade desses interesses e da jurisdicionalização de questões políticas decorrentes dessa conflituosidade. O material essencial de trabalho do presente estudo, o seu objeto de observação, é a própria doutrina, ou seja, a teoria jurídica amplamente considerada, dos interesses difusos.

Pretende-se, portanto, analisar aspectos das posições já consolidadas, ou relativamente consolidadas, na literatura jurídica, ou o que comumente se chama de *posição predominante na doutrina*, a partir de autores tidos como centrais. Nessa empresa, será inevitável incorrer em generalizações e reduções de posicionamentos divergentes na doutrina. Não se desconhece a existência desses posicionamentos divergentes, mas eles não constituem o objeto que se pretende observar.

Do mesmo modo, não se desconhece a resistência dos Tribunais pátrios à aplicação de alguns instrumentos voltados à tutela dos interesses difusos. Contudo, de um lado, essa resistência parece ter reduzido imensamente na última década (97-07), sendo mais uma referência histórica do surgimento do instituto da ação civil pública do que uma descrição adequada da teoria dos interesses difusos;¹ de outro lado, essas decisões são descritas na doutrina predominante dos interesses difusos como de resistência, ou seja, também como divergentes, vale dizer, a resistência jurisprudencial não retira o caráter de predominância *doutrinária* de determinados entendimentos.

Cabe também adiantar, *grosso modo*, o sentido do uso dos termos literatura, doutrina, epistemologia, teoria e dogmática jurídica para os fins deste estudo.

Os termos *epistemologia*, *teoria* e *dogmática jurídicas* indicam cortes epistemológicos na ciência do direito que se distinguem pelo grau de abstração, tendo como referência a indicação, mais ou menos abstrata, de um parâmetro de validade para decisões sobre o direito (sentenças, leis, contratos, atos, etc.).

¹- Entre muitos outros indicadores da receptividade da ação civil pública nos tribunais, pode-se apontar as súmulas nn. 329 e 183 do Superior Tribunal de Justiça, julgados relatados pelos Mins. LUIS FUX e TEORI ALBINO ZAVASKI, e pelas turmas de direito público do Superior Tribunal de Justiça de um modo geral.

Assim, a dogmática jurídica indica diretamente quais decisões são válidas e quais são inválidas diante de conceitos jurídicos da própria dogmática (decisões passadas). A teoria jurídica indica critérios para alteração dos valores de validade, ou seja, para a evolução da dogmática pela interpretação, diferenciando decisões passadas e possíveis decisões futuras. A epistemologia organiza as diferentes teorias e indica quais são os modos pelos quais o direito pode ser cientificamente pensado, diferenciando teoria, dogmática e a própria epistemologia. O termo “*doutrina*” engloba tanto as construções epistemológicas e teóricas quanto as dogmáticas, presentes na literatura jurídica (obras, teses, dissertações) e mesmo na jurisprudência, cuja técnica por vezes consiste também em um *docere*, em um ensinar do conhecimento jurídico sistematizado.

Também por conta dessa distinção e, seguindo uma terminologia luhmaniana, o conjunto das referências políticas, sociológicas, filosóficas, e doutrinárias em geral (não apenas jurídicas) em relação a determinados objetos da ciência do direito será referido por “*semântica*” (discurso sobre). Isso porque aquilo que normalmente se chama de *objeto* da ciência do direito (fenômenos jurídicos) é, na verdade, fruto das construções epistemológicas, teóricas e dogmáticas a que se tem acesso, e não da observação de uma *natureza* pura e imutável da qual podem ser extraídos os conceitos jurídicos.

A premissa inicial sobre o objeto a ser observado – na condição de objeto que é observado pela doutrina – é a existência de uma relação entre a conflituosidade dos interesses difusos e a jurisdicionalização de questões políticas. As razões dessa associação serão mais detalhadas ao longo do estudo. Por ora, pode-se apontar que o problema da conflituosidade desses interesses diz respeito ao fato de que a sua defesa tende a colidir com diversos interesses individuais, e mesmo outros interesses metaindividuais, que *também* contam com proteção jurídica (ex.: proteção do meio ambiente x direito ao desenvolvimento), tratando-se assim de uma conflituosidade endógena.

Essas situações de colisão, quando jurisdicionalizadas, submetem ao sistema jurídico a obrigação de decidir com critérios políticos – ainda que autorizados por preceitos (ou princípios, caso se queira) jurídicos como a proporcionalidade. A hipótese decorrente da premissa fundamental do trabalho é a de que o tratamento da conflituosidade dos interesses difusos/jurisdicionalização das questões conflituosas não é um problema de interpretação do ordenamento, mas um problema de capacidade de observação dos limites do sistema jurídico pelas instâncias teóricas da dogmática dos interesses difusos.

As expectativas de resposta que se pode exigir do sistema jurídico, criadas pela teoria jurídica, sujeitam o sistema a pressões para as quais ele não está apto a lidar, enfraquecendo a autonomia do direito e a independência do Judiciário.

A proposta do estudo situa-se, portanto, no campo de uma teoria que se propõe a estudar fenômenos jurídicos a partir de um estudo das relações entre direito e teoria do direito: uma abordagem epistemológica. É uma proposta viável cientificamente, que pode ser investigada/demonstrada? Em outras palavras, trata-se de uma abordagem científica ou meramente especulativa acerca dos interesses difusos?

A apresentação do presente trabalho há de indicar e fundamentar a posição do autor. O primeiro capítulo é destinado a demonstrar a viabilidade metodológica do trabalho e sua cientificidade diante dos atuais parâmetros da pesquisa jurídica.

I.1. – TEORIA PURA E TEORIA IMPURA

A preocupação com a sistematização do conhecimento sobre o direito com vistas à reutilização nos Tribunais e no ensino jurídico remonta à antiga Roma, na qual o conhecimento sistematizado tinha uma importância política fundamental para controle e aplicação do direito.²

Devido a essa proximidade entre práxis jurídica e jurisprudência, a ciência do direito entre os romanos não procurava se apresentar e se tematizar como científica, estando mais próxima de uma técnica político-jurídica.³

²- A interpretação das regras jurídicas no direito romano era tarefa dos juristas. Originariamente só os sacerdotes conheciam as normas jurídicas. A eles incumbia, então, a tarefa de interpretá-las. A partir do fim do século IV a.C., a interpretação passou a ser feita também por peritos leigos. Essa interpretação não consistia somente na adaptação das regras jurídicas às novas exigências, mas importava também na criação de novas normas. Tal atividade jurisprudencial contribuiu para o desenvolvimento do direito romano, especialmente pela importância social que os juristas tinham em Roma. Eles eram considerados como pertencentes a uma aristocracia intelectual. Suas atividades consistiam em emitir pareceres jurídicos sobre questões práticas apresentadas (*respondere*), instruir as partes sobre como agirem em juízo (*agere*) e orientar os leigos nos negócios jurídicos (*cavere*). Exerciam essa atividade gratuitamente, pela fama e, evidentemente, para obter um destaque social, que os ajudava a galgar os cargos públicos da magistratura. O método dos jurisconsultos romanos era casuístico. Examinavam, explicavam e solucionavam casos concretos. Nesse trabalho não procuravam exposições sistemáticas: eram avessos às abstrações dogmáticas e às especulações e exposições teóricas. Isso não impediu, entretanto, que o gênio criador dos romanos se manifestasse por intermédio dessa obra casuística dos jurisconsultos clássicos. THOMAS MARKY, **Curso Elementar de Direito Romano**, São Paulo: Saraiva, 6ª ed., 1992.

³- Nesse sentido TERCIO SAMPAIO FERAZ JR., **A Ciência do Direito**, São Paulo: Atlas, 1977, pp. 18-21.

Pode-se afirmar que, na antiguidade, a própria ciência não chega a se diferenciar de outros âmbitos da sociedade. A idéia de produção e procedimentos de validação do conhecimento é desconhecida. O conhecimento é construído como instrução, é técnica, é um *como fazer*. Mesmo a filosofia na antiguidade é voltada não para o conhecimento do conhecimento, mas para o viver e agir na cidade.

É na Idade Média européia que o desenvolvimento das ciências e do conhecimento, sob forte influência da racionalidade religiosa, desenvolve uma exegese dogmática dos *Digestos Justinianeus* assumindo-se como uma ciência, por força do dogmatismo religioso, dogmática mas, enquanto ciência sistematizada, ainda incipiente.⁴

Na era Moderna se inicia a preocupação com a organização efetivamente sistemática de uma ciência do direito. Primeiro com o jusnaturalismo do século XVII e XVIII e seus projetos sistemáticos de um direito racional, cujos compêndios e códigos influenciam até hoje os manuais de teoria do direito; depois com a escola histórica alemã do século XIX que, indo além da sistematização propiciada pelo jusnaturalismo, pretendeu colocar a questão da cientificidade “*intencionalmente, estabelecendo uma íntima ligação entre Direito e História, entre Ciência do Direito e sua pesquisa histórica*”.⁵

No seu desenvolvimento, a Escola Histórica acabou por dar maior relevância a uma reconstrução do direito romano para utilização no presente, sem, contudo, perder a obstinação pela sistematicidade dessa reconstrução herdada do jusnaturalismo racionalista e seu inerente caráter lógico-dedutivo (dedução dentro do sistema).

Com isso, acabou se reduzindo a uma tábua de proposições logicamente ordenadas, o que pode ser associado ao pandectismo alemão e à Escola da Exegese francesa.⁶ Nesse processo, fortaleceu-se a sistematicidade herdada do jusnaturalismo racionalista e o método lógico-dedutivo entremeados com a reflexão histórica do direito, o que viria a embasar, de um modo geral, a chamada Jurisprudência dos Conceitos.

⁴- Idem, ibidem.

⁵- Para um conhecido panorama dessa evolução da Ciência do Direito, v. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., **A Ciência do Direito**, op. cit., pp. 18-40.

⁶- Sobre a escola histórica afirma FERRAZ JR. “Savigny exigia da investigação científica do direito o reconhecimento uniforme do valor e da autonomia de cada época, conforme os princípios da ciência histórica. Mas ao seu lado estava também a Dogmática Jurídica, vista como teoria do direito vigente, que, para os representantes da Escola Histórica, passou inclusive a ter mais valor do que a pesquisa histórica propriamente dita...”, Idem p. 30.

A forte influência do positivismo de AUGUSTO COMTE no século XIX, com seus postulados verificacionistas, faz com que esse desenvolvimento dual – lógico-dedutivo e histórico-reflexivo – acabe por tomar uma configuração monista-positiva.⁷ Os métodos positivistas buscavam a explicação causal de todos os fenômenos, inclusive os fenômenos humanos, cuja causa poderia ser empiricamente verificada por meio das ciências sociológicas. Esse movimento ligava-se também à necessidade de segurança da sociedade burguesa emergente.

Em França, o positivismo jurídico vai servir à consolidação da segurança da sociedade burguesa e ao controle do poder remanescente do *antigo regime* por meio da imposição dos comandos legais elaborados sob controle da burguesia ascendente. A exigência de uma sistematização desses comandos dá origem à Escola da Exegese e conduz à idéia de um positivismo legal-científico, pelo qual a ciência do direito limita-se ao estudo da lei. Esse desenvolvimento importará no surgimento de diversas tendências que ora vêem a ciência do direito como uma ciência dogmática, ora como ciência positiva da norma, ora como sociologia ou psicologia da vida social.⁸

De modo geral, o positivismo de então, por influência da Escola Histórica, apresenta a concepção de um sistema fechado de conceitos, operável por meio da interpretação lógico-dedutiva, trata-se, como dito, da Jurisprudência dos Conceitos.

O surgimento da Jurisprudência dos Interesses com RUDOLF VON JHERING introduz o conceito utilitarista de *interesse* (benefícios) na atividade interpretativa, fazendo com que o sistema perca em termos de qualidade lógico-abstrata, mas não muda esse caráter fechado do sistema. Permanece a ciência positiva do direito como “*uma ordenação a partir de conceitos superiores, aos quais se subordinam os especiais, e que estão acima das oposições das disciplinas jurídicas particulares*”.⁹

Esse modelo científico passa a ser criticado pela unilateralidade e abstração das suas concepções, que não dão conta da realidade empírica, dando origem a outros métodos e concepções para a ciência do direito.

⁷- Idem, *ibidem*.

⁸- Idem, pp. 31-32.

⁹- Idem, pp. 33-35.

A diversidade da evolução metodológica-científica no século XIX enfraquece a idéia de que o direito possa ser considerado científico, o que se agrava quando, na primeira metade do século XX, a herança dos métodos dedutivos do jusnaturalismo leva à multiplicação das tábuas conceituais, pensando-se o direito a partir de conceitos tão díspares quanto *direito subjetivo* e *bom pai-de-família*.¹⁰

Assim, ora a ciência jurídica volta seus fundamentos para a compreensão das situações construídas pela técnica jurídica, como os conceitos normológicos de pretensão, declaração, processo, ora para conceitos empíricos como casa, família, frutos, etc., ora para conceitos éticos como boa-fé, usos e costumes.

Nesse cenário, aqui sumarizado para apenas propiciar a noção do contexto, é que surge o esforço de HANS KELSEN em tentar construir uma teoria pura do direito, ou seja, cujo fundamento conceitual esteja em uma única categoria do pensamento, no sentido kantiano, que é o *dever-ser*. O fundamento da imperatividade não pode conduzir a categorias sociológicas, psicológicas, éticas, morais, e outras, mas apenas à normatividade. A normatividade pode ser deduzida de uma categoria fundamental racionalizada, a norma-fundamental. Por meio da razão se percorre os caminhos da norma à norma fundamental e de volta à norma permitindo-se assim um fundamento racional para a imperatividade das normas jurídicas, sem precisar recorrer a sociologismos, psicologismos ou historicismos.

Três são as principais obras de KELSEN que indicam as bases necessárias para o conhecimento da estrutura do direito positivo: *Teoria Pura do Direito*; *Teoria geral do Estado*; e *Teoria geral do Direito e do Estado*.

¹⁰- Como explica TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.: “Como latente herança dos métodos dedutivos do jusnaturalismo, permeados pelo positivismo formalista do século XIX, podemos lembrar, inicialmente, algumas teorias jurídicas sobretudo do Direito Privado, cujo empenho sistemático está presente em muitos de nossos manuais. O jurista aparece, aí, como o teórico do direito que procura uma ordenação dos fenômenos a partir de conceitos gerais obtidos, segundo uns, por processos de abstração lógica, e, segundo outros, pelo reconhecimento tácito de institutos historicamente moldados e tradicionalmente mantidos. Aqui se insere a preocupação de constituir séries conceituais como direito subjetivo, direito de propriedade, direito das coisas, direito real limitado, direito de utilização de coisas alheias, hipoteca etc. Características deste tipo de teorização é a preocupação com a completude manifesta nos tratados, onde se atribui aos diferentes conceitos e à sua subdivisão em subconceitos um caráter de perfeição, o que deve permitir um processo seguro de subsunção de conceitos menos amplos a conceitos mais amplos. A ciência jurídica constrói-se, assim, como um processo de subsunção, dominado por uma dualidade lógica em que todo fenômeno jurídico é reduzido a duas possibilidades: ou é isto ou é aquilo, ou se encaixa ou não se encaixa, constituindo enormes redes paralelas de exceções”. *A Ciência do Direito*, op. cit. p. 36.

Essas obras foram elaboradas para atender a duas necessidades fundamentais do discurso jurídico na teoria kelseniana: uma epistemológica e outra dogmática, respectivamente, como explica LUIS ALBERTO WARAT: “*Sua concepção conceitual implica tanto a elaboração de normas metodológicas adequadas à produção do saber dogmático do direito, como também o desenvolvimento das categorias gerais desse modelo de conhecimento*”.¹¹

Tratava-se para KELSEN de purificar de outras interferências sua Ciência do Direito. Não se tratou, como se poderia pensar, de reduzir todo o direito à norma, mas de isolar conceitualmente seu conhecimento.¹²

Desse modo, pode se ter como marco fundamental da teoria kelseniana a busca pela determinação exata da natureza conceitual do objeto do conhecimento da ciência do direito, ou seja, um fundamento racional que possa ser empiricamente analisado. A filosofia de sua metodologia, focada na construção de uma categoria transcendental acessível à razão, a categoria do dever-ser como constitutiva da norma-fundamental, afastando-se toda e qualquer influência de valores externos *do mundo do ser*, remonta ao pensamento de IMMANUEL KANT. Por isso aponta-se como uma de suas diretrizes epistemológicas o dualismo entre *ser* e *dever-ser*, que reproduz a oposição kantiana entre *juízos de realidade* e *juízos de valor*.

¹¹- LUIS ALBERTO WARAT, **Filosofia do direito: uma introdução crítica**. São Paulo: Moderna, 1996, p. 47. Importante também notar, como coloca WILLIS SANTIAGO GUERRA que é um equívoco dizer que KELSEN não se preocupava com questões além da normatividade, como justiça e democracia. Há vasta produção sobre esses dois assuntos. O problema da pureza metodológica é reflexo direto da posição assumida na discussão sobre a ausência de valor nas ciências sociais, na Alemanha do início do século XX. Como afirma o autor “*É chegado o momento oportuno para livramo-nos de certos clichês, desenvolvidos a partir de leituras acrílicas e de segunda mão da obra kelseniana, que permitem ao jurista brasileiro extrair do seu trabalho preocupações outras que não aquelas atinentes à sistemática das regras jurídicas*”. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 137.

¹²- Como adverte LUIS RECASENS SICHES, “*El punto de vista lógico-formal del método jurídico de Kelsen no pretende llegar a la absorción de todos los estudios sobre el Derecho. El propio Kelsen reconoce que la posición rigurosamente normativa de su método jurídico es unilateral y parcial, y que, por lo tanto, no puede abarcar la totalidad de los ingredientes del fenómeno jurídico*”. **Panorama del Pensamiento Jurídico en el Siglo XX**. Mexico: Porrúa, 1963, pp. 149-150. É importante lembrar com BOBBIO que, apesar de outras divergências de menor relevância, há clara intersecção entre KELSEN e WEBER na distinção das esferas do ser e do dever-ser do direito. Não se trata de reduzir o direito ao dever-ser ou ao ser, mas sim de manter separadas essas esferas de categorias do conhecimento reservadamente a sociólogos e aos juristas. NORBERTO BOBBIO, **Max Weber e Hans Kelsen** in *Sociologia del Diritto* 1/1981, Trad. para o espanhol de Jorge E. Guiterréz disponível em <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/970/5.pdf>, acessado em 18.2.2007.

Segundo LEONEL SEVERO ROCHA, a purificação da teoria kelseniana se dá em cinco níveis: a *purificação anti-causalística* ou *anti-naturalística*, que definiu a ciência do direito como sendo normativa, afastando de sua análise o que chamou de ciências causais; a *purificação intranormativa*, onde separa, dentro das ciências normativas, o direito da ética e da teologia; a *purificação política e ideológica*, afastando da ciência do direito comprometermos de ordem moral, política ou ideológica, preocupando-se tão-somente com a normatividade; a *purificação anti-jusnaturalista* que defende que a preocupação da ciência do direito deve estar voltada ao direito positivo, posto, factual, e não a um pretense direito natural; e, por fim, a *purificação monista* onde, para análise científica, só há um direito, provindo da fonte estatal.¹³

A Teoria Pura do Direito fundamenta-se assim, antes de tudo, na possibilidade de encontrar um aspecto do pensamento que seja puramente jurídico e, como tal, suscetível de ser objeto de um método próprio da ciência jurídica. No caso, a norma, o *dever-ser*, constituído e aplicado por atos de vontade.¹⁴

¹³- LEONEL SEVERO ROCHA, **Epistemologia jurídica e democracia**, São Leopoldo: Unisinos, 1998, p. 33. Também nesse sentido a pertinente observação de ANTONIO CASTANHEIRA NEVES “*Kelsen propôs-se conferir um estatuto criticamente científico ao pensamento jurídico – o seu problema, foi, pois, exclusivamente epistemológico. E se, com aquele objetivo e nesta perspectiva, o seu neokantismo de origem lhe determinou um dualismo metodológico em que o postulado de não sociologização da ciência do direito foi evidente corolário e se exprimiria numa delimitativa ou específica intencionalidade objectivante, o seu positivismo científico (o positivismo do herdado cientismo do século XIX e epistemologicamente depurado na radicalização empírico-analítica deste século) impôs-lhe, por sua vez, e para o cumprimento estrito dessa intenção tão-só teorética, um postulado de não politização da mesma ciência do direito, que dela excluiria todos os momentos axiológico-normativamente constitutivos e os remeteria para os domínios não científicos do ideológico-político e da opção subjectiva. E daí que um relativismo axiológico assumido com a mais lógica consequência, a neutralidade formal do pensamento jurídico e a marcada distinção entre a objectividade científica do jurista, enquanto só jurista, e o seu compromisso ético-político, enquanto pessoa, fossem os conhecidos resultados de uma teoria normativa do direito que se queria pura – pura no seu objecto (normativo) e pura como teoria*”. in **DIGESTA: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. Vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 101.

¹⁴- Nas palavras de HANS KELSEN: “*Quando esta doutrina é chamada de teoria pura do Direito, pretende-se dizer com isso que ela está sendo conservada livre de elementos estranhos ao método específico de uma ciência cujo propósito é a cognição do Direito, e não a sua formação. Uma ciência que precisa descrever o seu objeto tal como ele efetivamente é, e não prescrever como ele deveria ser do ponto de vista de alguns julgamentos de valor específico. Este último é um problema da política, e, como tal, diz respeito à arte do governo, uma atividade voltada para valores, não um objeto da ciência, voltada para a realidade*”, prefácio de **Teoria Geral do Direito e Estado**, 3ª. Ed. , Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 2000. Assim, a ciência jurídica “*Descreve as normas jurídicas produzidas através de atos de conduta humana e que hão de ser aplicadas e observadas também por atos de conduta e, consequentemente, descreve as relações constituídas, através dessas normas, entre os fatos por elas determinados*”. **Teoria Pura do Direito**, 6ª ed., Trad. João Baptista Machado, São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 80.

Desse modo, muito embora KELSEN não tenha efetivamente reduzido o direito à norma, enquanto ato de vontade, a ciência do direito é reduzida a uma ciência da norma e da relação entre normas, a fim de que mantenha sua pureza. Dada essa distinção entre ciência jurídica e direito, a norma estudada situa-se no plano da validade formal, afastando do direito as questões relativas à veracidade ou falsidade.¹⁵

O problema é que a pureza da ciência proposta por KELSEN é atingida ao custo de uma ficção que não passou despercebida pelos seus críticos ao longo do último século: a Ciência Pura do Direito de KELSEN não é ciência do direito, mas ciência da norma. Algo importante fica de fora da sua ciência pura.¹⁶

Um estudo exclusivo da normatividade é possível, mas não se pode pretender que a distinção ser/dever-ser represente toda a unidade do sistema jurídico. O direito fica fora da Teoria Pura do Direito. Trata-se, na expressão lírica de RAFFAELE DE GIORGI, de uma história possível do direito uma vez que *“é sempre alguma coisa que se subtrai à observação e que, por este motivo, torna possível uma história, ou seja, a construção de um sentido, um conto que não desaba na trivialidade do paradoxo, mas desliza, se dissipa nos longos caminhos que se bifurcam...”*¹⁷

¹⁵- Desse modo, *“A distinção revela-se no fato de que as proposições normativas formuladas pela ciência jurídica, que descrevem o Direito e que não atribuem a ninguém quaisquer deveres ou direitos, poderem ser verídicas ou inverídicas, ao passo que as normas de dever-ser, estabelecidas pela autoridade jurídica – e que atribuem deveres e direitos aos sujeitos jurídicos - não são verídicas ou inverídicas, mas válidas ou inválidas, tal como também os fatos da ordem do ser não são quer verídicos, quer inverídicos, mas apenas existem ou não existem, somente as afirmações sobre esses fatos podendo ser verídicas ou inverídicas”*. **Teoria Pura do Direito**, op. cit. p. 82.

¹⁶- MARIA HELENA DINIZ, ao estudar comparativamente as obras de KELSEN e COSSIO percebe que: *“Kelsen, com o propósito de evitar o sincretismo metodológico baseado no dualismo radical entre ser e dever ser, pretendeu submeter a ciência jurídica a uma dupla depuração metódica, que é uma das vigas mestras de sua doutrina, eliminando de seu campo de ação quaisquer investigações sociológicas e axiológicas. Confinou-a a uma perspectiva normativista, admitindo a seu lado uma teoria da justiça e uma sociologia jurídica, propugnando que o jurista, ao exercer sua tarefa de conhecer normas, utilize o método normológico, o hipotético-dedutivo ou o lógico-transcendental, empregando um ou outro conforme a natureza do fundamento de validade (...) a teoria pura do direito não cuidou de todos os problemas jusfilosóficos. Não é ela um tratado completo de filosofia do direito; falta-lhe uma ontologia jurídica; nela não vislumbramos quaisquer preocupações sobre a determinação do ser do direito, porque se preocupa exclusivamente com a problemática da ciência do direito”*. **A Ciência Jurídica**, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 153. Igualmente, TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. aponta que a dualidade kelseniana não dá conta da totalidade do fenômeno jurídico: *“esta oposição entre norma e realidade marca, além disso, a obra de juristas preocupados com a sua superação mediante fórmulas sintéticas, como o tridimensionalismo de Miguel Reale, que propõe para a ciência jurídica, nos termos do culturalismo, uma metodologia própria, de caráter dialético, capaz de dar ao teórico do direito os instrumentos de análise integral do fenômeno jurídico, visto como a unidade sintética de três dimensões básicas: a normativa, a fática e a valorativa”*. **A Ciência do Direito**, op. cit. p. 38.

¹⁷- RAFFAELE DE GIORGI, **Direito Penal e Teoria da Ação. Entre Hermenêutica e funcionalismo in Direito, Tempo e Memória**, Trad. Guilherme Leite Gonçalves, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 139.

A obsessão pela pureza metodológica do direito aliada à busca de um fundamento racional-transcendental kantiano¹⁸ reduz o direito ao método, implica uma separação arbitrária entre ser e dever-ser que deixa muito do direito fora do direito e, com isso, muito se perde da totalidade das operações jurídicas. Uma teoria pura, como pensada por KELSEN, não poderia dar conta do fenômeno jurídico, a não ser por meio de uma ficção.

Por essa razão é que MIGUEL REALE propõe uma teoria do direito a partir da experiência jurídica, ou seja, a partir de uma categoria prévia do conhecimento necessária à compreensão da totalidade do fenômeno jurídico, como se passa a analisar.

I.2. – TRIDIMENSIONALISMO E METODOLOGIA

O primeiro equívoco a ser evitado na análise das possibilidades de se fazer ciência jurídica, como visto, é o de considerar a proposta kelseniana de modo descontextualizado. KELSEN foi fundamental para conferir especificidade ao estudo da normatividade jurídica, vale dizer, da norma como objeto da ciência do direito. Contudo, como visto, apenas a normatividade não é capaz de dar conta do fenômeno jurídico observado na sociedade, vale dizer, de uma conceituação precisa da unidade do sistema jurídico.

Um segundo equívoco a ser evitado decorre de algumas leituras metodológicas da proposta tridimensional de MIGUEL REALE. O direito, na teoria de REALE, é um objeto cultural que só pode ser conhecido integralmente pela experiência e comporta assim uma dimensão factual, uma dimensão normativa e uma dimensão valorativa.

¹⁸- Como explica MIGUEL REALE, “(...) queremos pôr em relevo o fundo de verdade que se contém na doutrina de Kelsen, que deve ser escoimada de seus exageros, mas não deve ser perdida de vista ante toda ameaça de redução da ciência do direito a um capítulo da sociologia (...) a sua doutrina, em suma, brota do seio da ciência jurídica positiva, no momento em que esta, atingindo o ponto extremo da generalidade conceitual e da abstração sistemática, exige uma revisão de pressupostos metódicos (...) Kelsen é kantista, mas kantista especialmente quanto ao método, pois se algo distingue ele e a seus companheiros da Escola de Viena é a preocupação da pureza metodológica como condição primeira de uma verdadeira e autônoma ciência do direito (...) Kelsen declara que o direito, entendido como direito positivo, pertence todo ao domínio do dever ser como produto normativo. O direito exprime, assim, um dever ser que vale por si, não envolvendo nenhuma forma concreta de comportamento, nenhuma orientação prática de conduta. É em suma, lógica, mas não eticamente finalista (...) A teoria jurídica de Kelsen toma como paradigma para a doutrina geral do direito a Crítica da razão pura de Kant; e o método jurídico forma uma parêntese homóloga com o método transcendental. Assim como para Kant o sujeito (a forma do conhecimento) produz ou determina o objeto, para Kelsen o conhecimento normativo produz ou determina o direito ou o Estado. Destarte Estado e direito aparecem como produtos da construção jurídica, como resultado do método jurídico”. **Fundamentos do Direito**, 3ª ed., São Paulo: RT, 1998, pp. 135, 153 e 162.

O equívoco aqui consiste em entender o tridimensionalismo como uma forma de isolar as diferentes dimensões do direito, ou seja, excluir a dimensão axiológica e factual do estudo da ciência do direito, ou de qualquer modo buscar um corte epistemológico que implique desconsiderar quaisquer das outras dimensões.¹⁹

Assim como KELSEN, REALE busca autonomia para a ciência do direito a partir de uma categoria do conhecimento que lhe seja própria e acessível. Contudo, diferente de KELSEN, REALE buscará essa categoria transcendental se pautando na fenomenologia de EDMUND HURSSSEL,²⁰ ou seja, acessível não pela razão, mas pela experiência cultural concreta (fenômeno) dos diferentes aspectos (dimensões) do direito. Para tanto, delimita o espaço da filosofia do direito e da teoria geral do direito enquanto ciências autônomas em relação a essas diferentes dimensões da experiência jurídica,²¹ sem com isso excluir a postura crítica-reflexiva do cientista do direito.²²

¹⁹- Como esclarece o autor “o Direito não é um queijo ou um doce, se preferirem, com três sabores diversos, correspondentes a três pedaços distintos, de tal maneira que o jurista vem e come a norma, o sociólogo vem e se contenta com o fato, e o filósofo jusnaturalista se perde no mundo do valor. O Direito é uma realidade, digamos assim, trivalente ou, por outras palavras, tridimensional. Ele tem três sabores que não podem ser separados um dos outros. O direito é sempre fato, valor e norma, para quem quer que o estude, havendo apenas variação no ângulo ou prisma de pesquisa.” **Teoria Tridimensional do Direito**, 5ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 121 – Suplemento I – **Preliminares ao estudo da teoria tridimensional do direito**.

²⁰- Como se nota da afirmação de que “Muito embora a natureza mesma da realidade jurídica importe em correlações e interdependências entre setores científicos aparentemente estanques, tornando injustificados quaisquer cortes inexoráveis nos distintos campos de pesquisa do direito, não será errôneo dizer que muitas das confusões reinantes podem ser superadas se partirmos de uma rigorosa análise dos elementos da juridicidade. Essa descrição objetiva do direito só pode ser rigorosamente realizada mediante o emprego do método fenomenológico, que nos permite afirmar que todo fenômeno jurídico se reduz a um fato (econômico, geográfico, demográfico, etc.) ordenado normativamente, segundo determinados valores.” **O Direito como Experiência (Introdução à Epistemologia Jurídica)**, São Paulo: Saraiva, 1968, pp. 52-53.

²¹- Nesse sentido afirma que “Quando um filósofo do Direito, como Norberto Bobbio, chega a afirmar que, praticamente, não existe tratado de Filosofia do Direito que não o seja, em maior ou menor parte, também de Teoria Geral do Direito, ou de matéria considerada como tal pelos juristas; e que, da mesma forma, não há tratado de Teoria Geral que não o seja de Filosofia do Direito, ou pelo menos de questões assim consideradas pelos filósofos; quando um mestre como Julius Stone nos apresenta a Jurisprudência como a ciência global do Direito, uma verdadeira ciência omnibus, na qual três diversos âmbitos de pesquisa se justapõem, desdobrando-se em análises subordinadas, figurando a Teoria da Justiça no mesmo plano da Jurisprudência Sociológica ou da Jurisprudência Analítica; quando a sociologia do Direito, padecendo do mal próprio das ciências novas, varia de autor para autor o campo de seus objetivos, mister e que nos capacitemos da necessidade de por um pouco de ordem em nossos domínios, o que é, sem dúvida, um dos objetivos do trabalho científico”, **O Direito Como Experiência**, op. cit. p. 53.

²²- Tanto que “A rigor, mesmo o positivista, para chegar à sua conclusão de monismo metodológico, não pode deixar de partir de uma atitude crítica que ponha em dúvida, ou em crise, a atitude natural do conhecimento, indagando da condicionalidade do objeto pelo sujeito, ou vice-versa. Essa atitude crítica é peculiar à Filosofia, uma de cujas pesquisas se refere aos supostos ou pressupostos das ciências” Idem, p. 54.

Ou seja, a proposta de REALE permite dizer que a reflexão crítica da teoria, a teoria e a dogmática, são momentos complementares de uma mesma atividade de ciência do direito, em sentido amplo. Nessa esteira, a primeira série de problemas – ou momentos da pesquisa, conforme o caso – que se impõe diz respeito à *consistência mesma da realidade jurídica e sua correlativa determinação conceitual*, parte geral que corresponde, nos planos filosófico e positivo, à Ontognoseologia Jurídica e à Teoria Geral do Direito.²³

Sendo a proposta do presente trabalho estudar a conflituosidade dos interesses difusos a partir das relações entre direito e teoria do direito – e entre teoria do direito e teoria da sociedade – não há como abrir mão de uma abordagem ontognoseológica, ou seja, quanto às condições de conhecimento do que seja direito, um momento da pesquisa, do ponto de vista de MIGUEL REALE, de abordagem filosófica. Vale insistir, no esquema metodológico de REALE, há complementaridade entre epistemologia e teoria, o que justifica, senão a cientificidade, ao menos o *status* cognitivo da pesquisa pretendida.²⁴

²³- Como explica REALE “*A Ontognoseologia Jurídica é a parte geral da Filosofia do Direito destinada a indagar das condições subjetivas e objetivas da experiência jurídica. Estuda, por conseguinte, o direito a parte subjecti e a parte objecti, dada a essencial correlação que, necessariamente existe entre sujeito e objeto do conhecimento, os quais estão entre si numa funcionalidade dialética de implicação e polaridade. Donde resulta que não é possível determinar-se o conceito do direito sem se determinar ao mesmo tempo a sua consistência: trata-se de problemas correlatos, que correspondem a uma unidade de ordem, o que exclui a possibilidade de um conceito puramente formal do direito, assim como a sua redução a um fato puro*”. Idem, p. 55.

²⁴- Assim explica que “*A Epistemologia Jurídica aprecia os problemas das fontes ou do processo interpretativo do direito como condições transcendentais logicamente prévias a toda e qualquer experiência jurídica possível, passada ou futura; a Teoria Geral do Direito, ao contrário, indaga das fontes e dos processos interpretativos vigentes em nossa época, discriminando-lhes as formas, as modalidades, os limites e as funções nos quadros do ordenamento jurídico pátrio, em confronto com os dos países de correlato sistema cultural (...)* É claro, todavia, que a Epistemologia Jurídica e a Teoria Geral do Direito são domínios que se exigem reciprocamente, formando – do ponto de vista expositivo e pedagógico – praticamente um campo complementar de pesquisas, o que não se deve estranhar, dada a natureza da matéria e pela razão fundamental que quando falo em condições transcendentais do direito não me refiro a algo transcendente, desligado ou superior à experiência, mas sim, algo que só do ponto de vista lógico ou axiológico se põe antes da experiência, como condição de sua possibilidade (...) Em geral, os autores que concordam em discriminar no direito os três citados elementos (fato, valor e norma), são levados a considerar cada um desses fatores isoladamente, transformando-os em objetos de ciências distintas. À primeira vista, poder-se-ia tirar tal conclusão, como ocorre nas doutrinas que considero tridimensionais abstratas, mas com sacrifício da unidade existente na experiência jurídica. Seria mais cômodo dizer, com efeito, que a Sociologia Jurídica cuida do direito como fato e a Ciência do Direito dele se ocupa como norma, se não surgisse, imediatamente, a dificuldade lógica de conceituar-se uma Ciência Jurídica cujos juízos ou proposições não estejam referidos sempre a dado sistema de normas, ou seja, a normas consideradas jurídicas e que, como tais, envolvem uma referência necessária a dadas situações de fato e a dada ordem de valores consagrados positivamente no ordenamento vigente. O mesmo se diga da Sociologia Jurídica, a qual seria apenas Sociologia se o fato social, objeto de sua indagação, não envolvesse uma necessária referência a normas e valores de natureza jurídica (...) Em suma, a minha tese é a de que fato, valor e norma são dimensões essenciais do direito, o qual é, desse modo, insuscetível de ser partido em fatias, sob pena de comprometer-se a natureza especificamente jurídica da pesquisa”. **O Direito como Experiência**, op. cit. p. 57-59.

Vale dizer a leitura metodológica que parece mais adequada da obra de REALE indica essa constante referência à complementaridade necessária dos diferentes pontos de vista possíveis e entre epistemologia (reflexão crítica da teoria) e teoria geral, o que permite concluir por essa complementaridade mesmo diante da separação metodológica entre filosofia do direito (epistemologia e filosofia propriamente dita) e ciência do direito positivo (teoria e dogmática jurídicas).²⁵

Dessa maneira, no âmbito metodológico da Filosofia do Direito, a Ontognoseologia, da qual a Epistemologia Jurídica é ramo, pesquisam-se as condições transcendentais para o conhecimento da experiência jurídica, ao passo em que no âmbito metodológico da Teoria Geral do Direito, tem-se em vista o fenômeno concreto da experiência jurídica como dado.

Não se adotará o esquema realeano de divisão (onto) do conhecimento (gnoseologia) jurídico, mas sim a sua premissa de que a pesquisa em direito deve buscar integrar seus momentos epistemológicos, teórico-gerais, teóricos e dogmáticos. A pesquisa e o aprendizado do direito não se limitam e não devem se limitar ao estudo da norma jurídica, ponto fundamental para a auto-fundamentação da metodologia do presente estudo.

²⁵- Nesse sentido, diferencia a Teoria Geral do Direito e a Epistemologia Jurídica: “*Como já tive a oportunidade de afirmar, a Teoria Geral do Direito – da qual, como veremos, a Dogmática Jurídica é a expressão ou a especificação mais relevante – não pode ser concebida senão como o estudo sistemático do direito em sua unidade e desenvolvimento, como realidade histórica subordinada a exigências e finalidades espácio-temporais mutáveis, assim como a pressupostos lógicos universais, cuja determinação é tarefa da Epistemologia Jurídica. Aquele estudo, de cunho necessariamente empírico, caracteriza-se por sua imediata e constante correlação com as mutações operadas no plano da práxis, ou na experiência jurídica, variando os seus princípios gerais, como categorias generalizantes que são, de conformidade com o seu condicionamento histórico (...) A Epistemologia Jurídica, como momento da indagação filosófico-jurídica – ou, mais precisamente, como desdobramento da Ontognoseologia Jurídica – elabora a teoria lógico-transcendental, que o jurisfilósofo realiza para determinar os conceitos universais que logicamente condicionam o constituir-se, o desenvolver-se, não desta ou daquela experiência jurídica particular, mas sim de qualquer experiência jurídica possível*” e mais adiante situa “*A Ontognoseologia Jurídica é, pois, o estudo correlato da realidade jurídica e de sua compreensão conceitual na unidade integrante de seus elementos constitutivos (valor, norma e fato) implicando perspectivas prevalecentemente éticas, lógicas ou histórico-culturais (...) Considerada nesse contexto, a Epistemologia Jurídica é a teoria crítica da Jurisprudência ou da Ciência do Direito, não constituindo senão uma determinação maior dos pressupostos da experiência jurídica, a partir das contribuições firmadas previamente na Parte Geral (da Filosofia, para o autor, a Ontognoseologia Jurídica). Assim é que, se nesta se estabelece ser o direito uma realidade histórico-cultural de caráter normativo, a Epistemologia Jurídica se funda nesse conceito para alcançar tais ou quais conclusões quanto ao objeto, por exemplo, da Ciência Jurídica (para saber se esta se reduz a um sistema de normas, a uma rede de relações fáticas, ou à própria conduta humano enquanto intersubjetivamente qualificada, etc.) ou quanto à natureza do saber jurídico, as suas estruturas e funcionalidades lógicas específicas”* **O Direito como Experiência**, op. cit. p. 84-87.

A complementaridade dessas atividades, ou momentos da investigação do fenômeno jurídico experimentado é que abre o estudo do direito às mais diversas áreas do conhecimento, sendo todas elas necessárias para sua compreensão. Sociólogos e historiadores, ao estudarem o fenômeno jurídico, estariam na verdade atuando dentro do *sistema categorial* da Teoria Geral do Direito.²⁶ Assim, parece claro que o campo científico da experiência jurídica vai além da ciência do direito normológica, não sendo campo exclusivo do jurista. Em conseqüência, conclui-se que o momento ontognoseológico permite que o jurista amplie cognitivamente suas perspectivas metodológicas para abordagens sociológicas, políticas, filosóficas, etc.

Ocorre que, ao contrário do que sugere a leitura metodológica aqui sugerida, o culturalismo de REALE, mesmo em outros escritos do próprio autor, sugere separar outras possíveis abordagens do fenômeno jurídico da atividade do jurista.

Além disso, para REALE, as demais abordagens do direito sujeitam-se às condições da experiência jurídica verificadas no âmbito da filosofia do direito. Reduz, desse modo, o direito à experiência jurídica enquanto uma categoria fundamental logicamente anterior ao próprio direito e à sociedade, incidindo em um equívoco semelhante ao da teoria pura kelseniana, reduzindo o direito a um fundamento transcendental (a experiência jurídica) alheio à sociedade na qual ele se realiza e ajuda a realizar.

I.3. – A SOCIOLOGIA JURÍDICA E O DIREITO COMO EXPERIÊNCIA

Aparte o reducionismo fenomenológico, pode-se extrair do culturalismo de REALE, como favorável à proposta do presente estudo, a complementaridade entre os momentos filosófico e científico-positivos da pesquisa jurídica, pois em grande medida justifica o projeto compreensivo aqui entabulado.

²⁶- Nas palavras de REALE “*sendo a experiência jurídica objeto de pesquisas científicas distintas, como a do jurista, do sociólogo, do etnólogo ou do historiador, parece-me que já é tempo de se corrigir um equívoco ainda persistente, que é o de se tratar da Teoria Geral do Direito como se ela fosse monopólio do jurista, fato este só admissível até e enquanto a Jurisprudência ocupava sozinha todo o campo científico da experiência jurídica. No estado atual de desenvolvimento das pesquisas, quando já se acham, mais ou menos constituídas outras ordens de conhecimento positivo do direito impossível seria não reconhecer que todas devem se subordinar a um conjunto de princípios e noções comuns, fundadas na experiência jurídica e expressões dela, formando um sistema categorial que outra coisa não é senão a Teoria Geral do Direito como a teoria positiva da experiência jurídica, aplicável aos diversos campos do saber jurídico em que aquela experiência se discrimina*”. Idem, pp. 90-91.

Contudo, como já dito, não será adotada a perspectiva fenomenológica culturalista, mas sim sistêmica. Da perspectiva sistêmica, o direito é considerado como um sistema parcial da sociedade, vale dizer, enquanto um sistema que opera *na* sociedade e que fundamenta a si mesmo sem depender de uma categoria transcendental independente. Não se trata de reduzir o direito a um fato social, mas sim de considerar, na sua observação, a sua função nas estruturas sociais em que ele opera, ou seja, as possibilidades de observação do direito dado o seu lugar no sistema total da sociedade.

Isso implica uma aproximação sócio-jurídica que as tradições neopositivista (KELSEN) e culturalista (REALE), especialmente no Brasil, relegaram a um posto secundário, auxiliar, limitada a estudar os impactos do direito sobre a sociedade sem se perguntar pelas condições de observação do direito decorrentes das estruturas da sociedade.

Para a tradição neopositivista essa aproximação não cabe ao cientista do direito, seria uma impureza na teoria pura. Para a tradição culturalista-fenomenológica (REALE) tal aproximação estaria condicionada pela filosofia do direito, ou seja, pela reflexão transcendental do direito enquanto um valor cultural e não como estrutura ou sistema na sociedade. Pode se associar essa orientação de ambas as vertentes doutrinárias à produção científica anterior ao surgimento da sociologia jurídica como ciência autônoma, decorrente dos debates jurídicos que eram orientados por uma perspectiva sociológica do direito.²⁷

²⁷- Segundo BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS a sociologia jurídica “*só se constituiu em ciência social, na acepção contemporânea do termo, isto é, em ramo especializado da sociologia geral, depois da Segunda Guerra Mundial. Foi então que, mediante o uso de técnicas e métodos de investigação empírica e mediante a teorização própria feita sobre os resultados dessa investigação, a sociologia do direito verdadeiramente construiu sobre o direito um objeto teórico específico, autônomo, quer em relação à dogmática jurídica, quer em relação à filosofia do direito. No entanto, antes deste período, foi grande e rica a produção científica orientada por uma perspectiva sociológica do direito e a tal ponto que a sociologia do direito é, sem dúvida, de todos os ramos da sociologia aquele em que o peso dos precursores (...) mais se tem feito sentir (...) de todos os debates que na época são portadores de uma perspectiva sociológica do direito, ou seja, de uma perspectiva que explicitamente tematiza as articulações do direito com as condições e as estruturas sociais em que opera, o debate sem dúvida mais politizador é o que opõe os que defendem uma concepção de direito enquanto variável dependente, nos termos da qual o direito se deve limitar a acompanhar e a incorporar os valores sociais e o padrões de conduta espontânea e paulatinamente constituídos na sociedade, e os que defendem uma concepção do direito enquanto variável independente, nos termos da qual o direito deve ser um ativo promotor de mudança social tanto no domínio material como no da cultura e das mentalidades, um debate (...) que se poderia simbolizar nos nomes de SAVIGNY e de BENTHAM*”. Segundo o autor, ainda, esse debate corresponde ao debate sociológico sobre o direito como reflexo de uma solidariedade social ou instrumento de dominação da classe dominante, simbolizado em DURKHEIN e MARX. **Introdução à Sociologia da Administração da Justiça**, in *Direito e Justiça – a função social do Poder Judiciário* (Org. José Eduardo Faria), São Paulo: Ática, 1989, p. 40.

No contexto desses debates, muitas das perspectivas sociológicas acabavam por reduzir o direito, ou seus fundamentos, a um fato social e, por conseqüência, a ciência do direito a um mero capítulo da sociologia. Vale dizer, nessas perspectivas, a referência da juridicidade é tida como uma questão daquilo que as pessoas na sociedade aceitam como normativo, o que é impreciso e pouco útil, já que não há acesso ao pensamento das pessoas sobre a norma, mas apenas à comunicação sobre a norma, que se confunde com a normatividade. Tanto a proposta neopositivista de KELSEN quanto a fenomenológica de REALE, buscavam salvaguardar a autonomia das ciências jurídicas em face dessas propostas sociologistas.²⁸

Assim, se KELSEN buscou uma autonomia da ciência do direito purificando-a de qualquer possível interferência de um fundamento sociológico, REALE, ao contrário, buscou condensar esses fundamentos em uma filosofia fenomenológica e culturalista do direito. No caso brasileiro, a preocupação ganhou também relevo por conta da ampla influência do positivismo-legalista de origem francesa no direito nacional, para o que REALE buscava uma alternativa.²⁹

²⁸- Nas palavras de MIGUEL REALE, “*Em linha paralela, outra encruzilhada se abriu àqueles que, deslumbrados com os progressos das ciências naturais, conceberam o plano de chegar à efetividade do direito através do método indutivo, nos moldes do que ocorria na esfera das investigações físicas e biológicas. No fundo, a questão se resumia no programa já enunciado por Augusto Comte ao vaticinar a substituição da metafísica dos fazedores de leis pela ciência positiva dos descobridores de leis. Foi essa a direção seguida por todas as formas de sociologismo jurídico, isto é, pelos naturalistas e realistas do direito, que cuidaram e ainda cuidam ser possível e imprescindível formar juristas-sociólogos, destinados à análise do fenômeno jurídico segundo seus nexos de causalidade ou de funcionalidade, numa pura descrição dos dados jurídicos, ad instar do que ocorre na Sociologia. A essa luz, direito só pode ser o direito em sua eficácia social, do qual as regras jurídicas seriam signos, como sínteses explicativas de uma classe de resultados cientificamente previsíveis*”. **Teoria Tridimensional do Direito**, op. cit. p. 19. Em outra obra afirma o autor que “*com justificado paralelismo, podemos afirmar que a concepção do Direito como fenômeno de cultura, dotado indissoluvelmente de conteúdo social e de estrutura formal – elementos estes que se subordinam a um valor a realizar – representa a Terza Scuola frente às correntes antagônicas do normativismo e do sociologismo jurídicos. Em verdade, o culturalismo, procedendo a uma crítica objetiva dessas duas correntes, integra-as e supera-se em uma unidade nova, buscando a apreciação completa e orgânica dos elementos do Direito, afastadas, de um lado, a preferência do jurista sociológico pelo fato, e, do outro, a unilateralidade dos juristas técnicos seduzidos pela norma vista esta como mero juízo lógico, posto pelo governante*”. **Direito e Cultura**, in **Horizontes do direito e da história**, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 267.

²⁹- Observa JOSÉ REINALDO DE LIMA LOPES que “*O positivismo de origem francesa e o evolucionismo social (de Spencer) combinam-se de forma extraordinária no Brasil republicano. A hegemonia do positivismo no Brasil é um fenômeno único (Armory, 1997). Em lugar algum das Américas os intelectuais rendem-se tanto a essa concepção cientificista como por aqui. O contrário ocorria nos Estados Unidos neste período em que a jurisprudência, se bem que dominada pelo utilitarismo e pelo liberalismo, dava sinais de pragmatismo que mais tarde, nas primeiras décadas do século XX gerariam o realismo jurídico americano*”. **O Direito na História – lições introdutórias**. 2ª. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 368.

É também de se considerar a ameaça que representavam à autonomia das ciências jurídicas as propostas de elevar a cientificidade do direito por meio de uma redução da normatividade a fatos sociais empiricamente verificáveis,³⁰ (ou ao menos supostamente verificáveis de forma empírica) e o eco das opiniões segundo as quais o direito sequer poderia se tratar de uma ciência,³¹ ou então seria um mero capítulo da sociologia.³²

Desse modo, com as diferentes formas de sociologismo pairando como uma ameaça à autonomia da ciência do direito, a sociologia jurídica acaba encontrando um terreno árido para se desenvolver. O estudo da normatividade jurídica na sociedade ou da normatividade à luz da sociedade acaba se perdendo tanto do direito quanto da sociologia.

³⁰- Como por exemplo afirmara FRANCESCO CARNELUTTI: “*Se queremos levantar nossa ciência da posição de inferioridade em que se encontra, a primeira superstição a desarraigar é aquela que se propõe ensinar o Direito encerrado em uma biblioteca (...) A biblioteca é uma imensa compilação de conceitos, e se estes substituem os fenômenos como dados de observação, sobrevém o câmbio entre os fenômenos e os conceitos, que, já outra vez, assinalemos como um dos maiores perigos a que estão expostos os estudiosos*”, **Metodologia do Direito**. Trad. Frederico A. Paschoal, Campinas: Bookseller, 2000, p. 27.

³¹- Trata-se da conhecida posição de JULIUS H. VON KIRCHMANN na qual, segundo RENATO TREVES “*o autor evidencia o contraste entre a lei positiva rígida e esquemática, objeto da ciência, e o ‘direito assim como se mostra entre o povo e é colocado em prática por todos no próprio cerco’; direito que é ‘autônomo, livre e independente’ da ciência e que, como tal, pode ser chamado de direito natural. Ele afirma também que o direito ‘não consiste somente de um saber, mas também de um sentir, ‘não está sediado apenas na mente, mas também no coração dos homens’ e não pode, portanto, ser considerado pelo jurista com a objetividade fria que o cientista tem pelo objeto da própria ciência*”. **Sociologia do Direito: origens, pesquisas e problemas**, 3ª. ed., trad. Marcelo Branchini, São Paulo: Manole, 2004, p. 116.

³²- Segundo explica RENATO TREVES, “*Ausente da escola histórica alemã, a obra jurídica de Comte (1782-1837) nos fornece um exemplo de concepção que considera o direito como um sistema dependente da sociedade. Para Comte, o direito é sempre redutível a fatores observáveis e verificáveis (...) afirmando que a ciência da legislação, tendo o objetivo de descobrir ‘as leis gerais segundo as quais os povos prosperam, se deterioram e permanecem estacionários’, não deve se limitar a estudar as normas destacadas dos fatos, mas, pelo contrário, deve estudar os fatos e as normas a eles inerentes*”. Também segundo o autor, ainda na origem da sociologia jurídica, em VICO e MONTESQUIEU, o debate com o direito natural girava por vezes em torno da proposta de uma substituição do direito natural pelo direito observado pela ainda incipiente sociologia “*Em sua breve história, a sociologia do direito caracterizou-se por tomar a doutrina do direito natural como ponto de referência polêmico em várias ocasiões. De fato, a sociologia do direito tem em comum com a doutrina do direito natural o propósito inicial: o estudo de um direito diverso do direito positivo, isto é, do direito cujo fundamento está nas normas promulgadas pelo legislador e nas sentenças emanadas pelo juiz. Mas, apesar desse propósito comum, a sociologia do direito se distingue nitidamente da doutrina do direito natural, em especial da sua tendência dogmática e autoritária, pela abordagem e pelo objeto de estudo. A sociologia do direito, segue, de fato, a via da experiência e tem por objeto o estudo de um direito relativo e variável, ligado indissoluvelmente ao contexto social. Por outro lado, a doutrina do direito natural segue a via da especulação e tem por objeto um direito absoluto e imutável, que encontra seu fundamento na natureza, em Deus ou no homem, de acordo com a época e com os autores. Dessa diversidade de métodos e de objetos surge inevitavelmente a contestação entre os sustentadores das duas disciplinas e a tendência, muitas vezes expressa de modo explícito pelos sociólogos do direito, de substituir os teóricos do direito natural e qualificar o direito do qual se ocupam (direito social, direito libere, direito vivente e assim por diante) como um direito natural novo e mais aceitável*”, Idem, pp. 4-5 e 23-24.

Na análise de CELSO FERNANDES CAMPILONGO e JOSÉ EDUARDO FARIA, “*De um lado, a Sociologia Jurídica foi vítima de uma tradição jusfilosófica culturalista que, simultaneamente, ressaltava a importância da dimensão fática da ordem jurídica e inibia o desenvolvimento da pesquisa sócio-jurídica. De outro lado, a ampla divulgação da vulgata kelseniana entre os professores de direito reservou às análises sociológicas uma aversão incondizente com a relevância e os avanços da disciplina no Brasil e no exterior*”.³³

Como bem nota PEDRO SCURO NETO, a posição secundária relegada à sociologia jurídica fica clara para os adeptos da corrente culturalista quando propõem, por exemplo, que a sociologia jurídica se limite “*ao uso de dados estatísticos para compreender como as normas jurídicas se apresentam efetivamente*” ou “*(...) como se forma e se transforma o Direito, verificando qual a sua função no seio da coletividade e como influi na vida social, sem ter a preocupação de elaborar normas e de interpretar as que vigoram numa dada sociedade*”.³⁴

Toda a reflexão sobre a unidade do direito, sobre o que seja o direito, sobre a normatividade jurídica, é concentrada na filosofia do direito, na reflexão transcendental sobre a experiência jurídica. A realidade histórico-concreta do direito é, na verdade, a experiência cultural subjetiva, e não social.

À sociologia jurídica restaria assim uma leitura externa do direito, dos impactos que essa realidade jurídica – à qual a sociologia não tem acesso por ser um dado cultural refletido filosoficamente – tem na sociedade, entendida como opinião e comportamento dos indivíduos e dos grupos. A sociologia jurídica não estudaria então o direito, mas as opiniões sobre o direito e o reflexo dessas opiniões nos operadores das profissões jurídicas diversas. O *dever-ser*, ou a dimensão normativa, estaria fora de seu alcance.

³³- JOSÉ EDUARDO FARIA e CELSO FERNANDES CAMPILONGO, **A Sociologia Jurídica no Brasil**, Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre: 1991, p. 46. Também RENATO TREVES sobre o culturalismo “*Esse movimento tinha a característica de condenar a sociologia do direito no plano da filosofia e de preparar o terreno para o seu desenvolvimento no plano da jurisprudência e sob o sinal da experiência jurídica*”. op. cit. p. 136.

³⁴- O autor se refere, respectivamente a MIGUEL REALE, **Lições Preliminares de Direito**, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 20 e MARIA HELENA DINIZ, **Compêndio de Introdução à Ciência do Direito**, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 226. PEDRO SCURO NETO, **Sociologia Geral e Jurídica – manual dos cursos de direito**, 5ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 3-4.

Com isso, essa sociologia, que tem pouco de jurídica – sendo mais uma pesquisa de opinião sobre leis – acabou estagnada tanto em relação aos avanços no direito como em relação aos avanços na sociologia.³⁵

Ademais, para essa sociologia jurídica, encontrar o direito como um fenômeno empírico a ser analisado acaba sendo uma tarefa de difícil realização. Sem estabilizar o objeto da pesquisa empírica, a sociologia jurídica permanece com dificuldades para se desenvolver. Catalogar estatísticas sobre fatos cuja causalidade se imputa à lei ou a decisões judiciais esclarece muito pouco sobre a normatividade do direito na sociedade. A acumulação de dados estatísticos sobre o que as pessoas pensam da lei e do direito também revela pouco sobre o que seja o direito.³⁶

Como a sociologia jurídica não consegue encontrar o “direito” como objeto empírico, volta sua atenção para o jurista e para o operador do direito, investigando como o juiz decide, como os advogados escolhem seus argumentos, quais as dificuldades de acesso aos tribunais, os custos da estrutura judiciária, aproximando-se mais de uma sociologia das profissões e das organizações, para a qual o conceito de direito em si é dispensável. A alternativa é voltar-se para a pesquisa da opinião pública sobre o direito, sobre a justiça das decisões, sobre a conveniência de leis e projetos de lei. Permanece dispensável o que seja direito e, desse modo, não há uma integração entre os resultados cada uma dessas pesquisas.³⁷

³⁵- Como bem nota NIKLAS LUHMANN: “*Nas universidades, a Sociologia do Direito pouco aparece como disciplina, e quando isso ocorre, a tarefa de lecioná-la é assumida mais por juristas que por sociólogos. Falta completamente uma relação entre essa disciplina e o desenvolvimento recente de teorias sociológicas*”. **Sociologia do Direito I**, Trad. Gustavo Bayer, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 7.

³⁶- Ainda segundo LUHMANN “*O direito reflete-se direta ou indiretamente em todas as esferas da vida, sendo, portanto, dificilmente isolável, em termos empíricos, como um fenômeno específico. Uma sociologia do direito que pretendesse perscrutar estas ramificações não só precisaria absorver o conhecimento jurídico-científico, mas teria que constituir-se como sociologia em sua totalidade e, além disso, servir aos juristas como guichê geral de informações sociológicas. Na prática, porém, essa tarefa é irrealizável (...) Sempre que o campo de pesquisas não apresenta critérios claros de demarcação, as sociologias especiais são levadas à situação crítica de se constituírem como teoria sociológica geral, ou então definir (...). Nem todo ingresso em uma loja comercial é interessante em termos jurídico-sociológicos, tão-somente porque um escorregão em uma escada demasiadamente encherada poderia atingir o dever do proprietário em garantir a segurança do trânsito público em suas dependências, gerando assim uma obrigação de responsabilidade. Pelo contrário, teria que tratar-se de comportamentos no bojo de papéis em particular centrado e relacionados tematicamente com o direito, como reações a mudanças legais, ou solicitações de opiniões sobre determinadas questões legais, ou situações semelhantes. Com isso porém, e esse é o outro aspecto, elimina-se o direito em sua totalidade, em sua complexidade, em sua função social, em seu caráter basililar onipresente, ao qual pode-se recorrer enquanto possibilidade. O direito desaparece da sociologia do direito*”, Idem, p. 8-9.

³⁷- Idem, p. 10-12.

Assim, sem embargo da fundamental importância das pesquisas empíricas, elas não podem ser encaradas como uma pesquisa sociológica *do direito* pois não explicam o próprio direito, não apresentam uma conexão entre as diversas pesquisas e estatísticas levantadas. Fica em aberto compreender como a normatividade é possível na sociedade, como ela pode evoluir e qual o seu sentido.³⁸

Nesse contexto, o presente estudo, ao se propor a observar as relações entre o tratamento teórico da conflituosidade dos interesses difusos e essa conflituosidade na delimitação entre os sistemas jurídico e político, considerará essas relações como relações que acontecem na sociedade e, portanto, se pretende também uma pesquisa jurídico-sociológica, o que não significa de modo algum desconsiderar a normatividade jurídica nem deixar de analisar os mecanismos constitucionais e legais pertinentes.

Não se poderia, contudo, relegar a unidade do sistema jurídico – e portanto dos limites do direito em face da política – a uma categoria transcendental e intuitiva. Isso porque, retornando ao reducionismo da fenomenologia do direito, ou o direito como experiência, não se pode deixar de apontar que, não obstante a profundidade doutrinária da proposta, trata-se também de uma ficção da unidade do sistema jurídico. A experiência jurídica pré-categorial é uma ficção não muito diferente daquela pensada por KELSEN como norma fundamental.³⁹

³⁸- Como aponta LUHMANN sobre as pesquisas de opinião sobre o direito e estatísticas sobre o funcionamento e eficácia da justiça “*é evidente que elas não satisfazem enquanto sociologia do direito. Falta-lhes o próprio direito, e com isso falta também a conexão interna entre essas diversas abordagens de pesquisa. A análise dos papéis profissionais em nada contribui para a pesquisa de opiniões, e a pesquisa de opiniões não fornece qualquer hipótese para a análise do processo da decisão judicial. Apenas seria possível traçar algumas grosseiras linhas de ligação – como no sentido da hipótese de que juízes eruditos, provenientes de camadas sociais mais elevadas, não produziram uma jurisprudência que tivesse ressonância junto à população. Uma integração convincente daquelas pesquisas empíricas só seria realizável através da reintrodução do direito na sociologia jurídica, por meio de uma sociologia do direito levada a sério (...)* Desta forma é necessário ver e pesquisar o direito como estrutura e a sociedade como sistema em uma relação de interdependência recíproca. Essa relação possui também um aspecto temporal, além do material, levando, portanto, a uma teoria evolucionista da sociedade e do direito. A referência a esse teorema qualifica conceitos, teorias e pesquisas empíricas como jurídico-sociológicas”. Idem, pp. 12 e 15. De se observar que, posteriormente, ao incorporar o paradigma autopoietico à sua doutrina, LUHMANN passa a ter o direito não como estrutura do sistema da sociedade mas como sistema parcial do sistema da sociedade.

³⁹- Como aponta SCURO NETO sobre a visão fenomenológica, “*Filósofos e juristas ainda abordam a complexa problemática do Direito como fenômeno social de um modo claudicante. Em primeiro lugar, ele é condicionado pelo irracionalismo, resultado do desencanto com a modernidade e com a própria ciência. Prefere-se, assim, atribuir à intuição, à vontade e à sensibilidade a capacidade de conhecer a verdade e resolver problemas. É o caso da imponderável experiência jurídica anterior ao próprio Direito e tão velha quanto a sociedade, mas apta a dar sentido e ordenar a realidade*”. **Sociologia Geral e Jurídica – manual dos cursos de direito**, prefácio, p. xv. Diz ainda o autor, quanto ao culturalismo que “*ao contrário de encurralar o homem em esquemas deterministas como faria o positivismo, orienta-o ao*

Do mesmo modo que a proposta neopositivista de KELSEN, a fenomenologia jurídica, o direito como experiência, não pode deixar de ser visto como uma proposta de descrição do sistema jurídico marcada pelo contexto histórico em que surgiu.⁴⁰ A experiência, enquanto categoria transcendental a explicar o Direito, existente em três dimensões, carece de um “*ato de crença*”, vale dizer, pressupõe que os indivíduos compartilhem dos mesmos valores culturais, que são passíveis de determinação histórica, e perseguem fins sociais previamente conhecidos como aceitáveis. Há limites de racionalidade para essa proposta em uma sociedade complexa como a contemporânea.⁴¹

Trata-se de uma semântica, como coloca DE GIORGI, que centraliza a autodescrição do direito em uma referência abstrata e, assim, estável. Permanece, contudo, como a fórmula kelseniana ser/dever-ser, uma história possível do direito. Uma ficção que pressupõe entes transcendentais para a consciência compartilhados por todos os indivíduos para explicar a pré-categoria da experiência jurídica.

... mundo da cultura que é o sentido de carência próprio de todo ser humano, impelindo-o, numa faina histórica renovada, a transcender-se, a atualizar-se, a reconhecer um valor absoluto por meio de procura, tentativa e erro. Com efeito, o sistema cultural incorpora valores, conhecimentos e ideologias, ou seja, de um modo geral, o aparato simbólico que inspira toda ação social. Porém, a cultura não engloba toda a realidade, não resume a experiência humana nem a explica na sua complexidade. A cultura nada seria além de mera civilização morta sem as coletividades concretas compostas de atores concretos – ou seja, sem o sistema social. A função da cultura é proporcionar motivação aos atores e sustentar suas ações, estabelecendo padrões de conduta, ligando a ação ao universo simbólico, dando-lhe sentido, significado...”. Idem, pp. 26-27.

⁴⁰- Nesse sentido a profunda análise de RAFFAELE DE GIORGI “*O percurso conceitual da relação entre razão e experiência no direito, qualquer que seja a maneira segundo a qual esse relacionamento seja atualmente tematizado, por certo inicia-se entre o fim do século XVIII e o início do século XIX: um período em que se promulga constituições e códigos, ao mesmo tempo em que a fragmentação da idéia unitária de razão compele o pensamento jurídico a elaborar uma filosofia do direito positivo (...) buscava-se, nessa época, colocar a aquisição evolutiva da positividade do direito sob o controle da ciência jurídica e, portanto, expressava-se assim o fato de que a autofundação da razão não mais podia funcionar como referência exclusiva dos princípios de validade e de conhecimento do direito. E por isso mesmo que as referências às fontes do direito e à historicidade da produção normativa vêm substituir os princípios da razão. Essa historicidade deriva do fato de o direito vincular-se à situação e se especificar com base nos complexos de poder que se afirmam a cada vez; Na autorepresentação do jurista, todavia, essa forma da temporalização do direito é vista de uma maneira diversa, rica em implicações filosóficas*”. **Semântica da Racionalidade e da Experiência in Direito, Democracia e Risco, vínculos com o futuro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 81-82.

⁴¹- Analisando a obra de MIGUEL REALE, esclarece DE GIORGI que “*Em outros termos, podemos reformular assim a argumentação de Reale: estabelece-se uma consciência geral, isto é, nenhuma consciência; os conteúdos dessa consciência são estruturas dos âmbitos volitivos e cognitivos valorativamente orientadas. Como as consciências sempre operam no presente, na atualidade da comunicação, elas reproduzem os atuais valores da comunidade social, revivendo-os; e, uma vez que o direito existente é um complexo de valores, esses devem ser compartilhados pelos indivíduos que integram a comunidade. Daí concluir-se que as formas da juridicidade corresponderiam concretamente ao sentimento e à vontade da comunidade. Quem não os aceita, coloca-se fora da comunidade; quem não os compartilha, não participa da consciência geral. Quem não se deixa guiar pelos valores determinantes da ação, não persegue um fim socialmente aceitável*”. Idem, pp. 88-89.

É preciso recorrer a conceitos transcendentais da pessoa humana, do bem comum, dos valores da comunidade que seriam compartilhados por todos.⁴² Por isso trata-se de um conto do direito no direito, uma construção que lhe confere identidade, na falta de identidade. Para usar uma analogia extensiva do conceito de identidade em ANSELM STRAUSS, a teoria do direito é a máscara do direito. Seja o que for a identidade do direito ela está associada à avaliação que o direito faz de si mesmo por si e pelos outros. A máscara com a qual ele se apresenta é moldada de acordo com o que ele consegue antecipar desses julgamentos, no caso do direito, a idéia prevalecente de legitimação.⁴³

Essa máscara, para permanecer na analogia, participa da função da memória do sistema enquanto referência presente da auto-imagem,⁴⁴ mas não é capaz de fundar uma memória da memória, recorrendo por isso à construção da experiência jurídica como pré-categoria histórico-axiológica, que permanece como algo intuitivo na mente coletiva, mas incapaz de fornecer informações sobre o sistema. Permanece ela própria como um *princípio explicativo*. Nesse cenário, assim como faz DE GIORGI,⁴⁵ convém colacionar o metálogo do antropólogo e epistemólogo GREGORY BATESONS sobre princípios explicativos:⁴⁶

Filha: Papai, que é um instinto?

Pai: Um instinto, querida, é um princípio explicativo.

F: Mas o que explica?

P: Tudo... quase absolutamente tudo. Qualquer coisa que se queira explicar.

F: Eu não sou boba: não explica a gravidade.

P: Não, mas isso é porque ninguém quer que o instinto explique a gravidade.

Se o quiserem, explicaria. Poderíamos dizer que a lua tem um instinto cuja força varia inversamente ao quadrado da distância...

⁴²- Essa problemática fica bastante clara nas respostas de REALE às críticas feitas por JOSEF L. KUNZ, publicadas nas edições mais recentes de sua Teoria Tridimensional do Direito. Aqui, a redução vem na forma de um Direito Natural, que representa essas condições pré-categoriais da experiência jurídica dadas por um *dever ser* imanente à natureza do homem historicamente e axiologicamente considerado: “Aplicando essa visão axiológica ao mundo do Direito, parece-me possível atribuir o constante renascer do Direito Natural ao sentimento de que a vida do Direito não pode deixar de obedecer a pressupostos ligados às exigências histórico-axiológicas, às conquistas da experiência humana na sua autoconsciência temporal (...) urge, assim, o Direito Natural como conjunto das condições histórico-axiológicas da experiência jurídica, sem envolver a existência de duas regiões óticas distintas. O Direito Natural e, em suma, o Direito Positivo mesmo remontado às suas fontes possibilitantes e, ao mesmo tempo, enquanto projetado na linha ideal de seu desenvolvimento, na plena implicação e polaridade do homem como ser passado e ser futuro, que é e deve ser”. **Teoria Tridimensional do Direito**, op. cit. pp. 142-143.

⁴³- Cfr. ANSELM L. STRAUSS, **Espelhos e Máscaras: a busca de identidade**, trad. Geraldo Gerson de Souza, São Paulo: EdUsp, 1999, p. 29.

⁴⁴- RAFFAELE DE GIORGI, **Roma como Memória da Evolução in Direito, Tempo e Memória**, op. cit. p-75.

⁴⁵- RAFFAELE DE GIORGI, **A Memória do direito in Direito Tempo e Memória**, op. cit. p. 50-51.

⁴⁶- GREGORY BATESON, **Metálogo: What is an instinct in Steps to an Ecology of Mind**. New York: Ballantine, 1973, p. 38-58.

- F:** Mas isso não faz sentido, papai.
- P:** Creio que não, mas foi você quem começou com *instinto*, não eu.
- F:** Está bem... mas o que é que explica a gravidade?
- P:** Nada, querida, porque a gravidade é um princípio explicativo.
- F:** Oh! Quer dizer que não se pode empregar um princípio explicativo para explicar outras coisas? Nunca?
- P:** Humm... quase nunca. É o que Newton queria dizer quando disse: *Hypothesis non fingo*.
- F:** E o que significa isso, por favor?
- P:** Bem, você já sabe o que são hipóteses. Qualquer afirmação que conecta, entre si, duas afirmações descritivas é uma hipótese. Se você diz que houve lua cheia em 1^a de fevereiro e novamente em 1^a de março e logo conecta essas duas observações, de certa maneira essa afirmação é uma hipótese.
- F:** Sim, e também sei que quer dizer *non*, mas e *fingo*?
- P:** Bem, *fingo* é uma palavra que, em latim antigo, significa faço. Forma um substantivo verbal *fictio*, do qual procede nossa palavra *ficção*.
- F:** Papai, quer dizer que Sir Isaac Newton pensava que todas as hipóteses se compõem como se fossem contos?
- P:** Sim, precisamente.
- F:** Mas então ele não descobriu a gravidade? Com a maçã?
- P:** Não, querida, ele a inventou.

Trata-se de uma semântica obsoleta, na medida em que *inventada* para fundamentar o fundamento de um sistema jurídico que fundamenta a si mesmo. A pré-categoria fenomenológica de REALE ou a norma fundamental de KELSEN são *princípios explicativos* desprovidos de conteúdo informativo de si próprios e, portanto, de elementos para a auto-reflexão do sistema, constituindo um obstáculo para a ciência.⁴⁷

Assim contrapostas e contextualizadas, as perspectivas neopositivista, fenomenológica e sociológica, de modo bastante sumarizado dados os limites do presente trabalho, a proposta de um estudo compreensivo, em termos de uma complementaridade entre epistemologia e teoria, talvez se encontre metodologicamente justificada, ainda que não adira, pelas razões expostas, à perspectiva fenomenológica.

⁴⁷- Como esclarece RAFFAELE DE GIORGI: “*A atual retomada daquela semântica, nas suas versões mais diversas e com as integrações mais complicadas, recicla resíduos que pertencem ao passado. O direito é um sistema social da comunicação que realiza sociedade e, portanto, é irredutível a conteúdos de consciência e às suas exteriorizações: sujeitos e indivíduos*”. **Semântica da Racionalidade e da Experiência**, op. cit. p. 95.

Isso não significa que não será analisado o ordenamento positivo ou questões dogmáticas referentes aos interesses difusos, essas questões estão à base da investigação pretendida, mas elas sempre serão analisadas como construções semânticas – e portanto contingentes – e não verdades necessárias.

Ainda, a adoção da teoria dos sistemas luhmaniana como ponto epistemológico de observação implica considerar que a política, o direito e a teoria do direito acontecem na sociedade e, nesse contexto, é também uma abordagem sociológica. Não implica de modo algum desconsiderar a especificidade do poder político, da normatividade jurídica e da metodologia científica, ao contrário, supõe essas especificidades como condição de relacionamento entre esses sistemas na sociedade.

A despeito de ser arriscado, o trânsito pelas diferentes áreas, disciplinas e métodos jurídicos parece inevitável. Dificilmente um estudo na área de interesses difusos e coletivos poderia, pela própria natureza da matéria, abrir mão desse tipo de abertura metodológica e disciplinar – embora possa não refletir sobre essa abertura. Na verdade, muitos dos estudos nessa área trabalham com esse tipo de metodologia eclética. Desastres ecológicos, produção e consumo em massa, publicidade enganosa e abusiva, direito de antena, acesso à justiça, só para citar alguns, são temas impossíveis de serem trabalhados de uma perspectiva exclusivamente normativista ou fenomenológica.

Resta, porém, a questão de saber se é adequada uma tal empreitada em uma sede acadêmica que se propõe a ser rigorosamente científica, como o é a dissertação de mestrado. Um estudo desse tipo pode ser considerado ciência do direito, ou implicaria navegar imprecisamente em águas reservadas aos filósofos e sociólogos?

A resposta positiva depende da distinção entre as ciências dogmáticas do direito e a dogmatização das ciências jurídicas, ou seja, limitação dos métodos e objetos que o jurista está autorizado a utilizar para que uma pesquisa jurídica seja considerada científica. É o que se passa a analisar.

I.4. – DOGMÁTICA JURÍDICA E PESQUISA EM DIREITO

A doutrina, de um modo geral, descreve a ciência do direito como um instrumento para conhecer um direito que vem como previamente dado, seja por uma norma fundamental, seja por uma categoria fenomenológica.⁴⁸

Com mais ou menos variações, esse direito-objeto é estudado como uma pirâmide parcialmente oca: na sua base há densos e complexos labirintos de emaranhados de textos legais. Entre a base e o cume há um espaço fluido, maior ou menor, onde os princípios e postulados de toda a espécie pairam, como estrelas-guia, visíveis de qualquer ponto de quem esteja no labirinto abaixo. O templo simboliza a estrutura pré-dada na qual se realizaria a atividade do jurista.

⁴⁸- Para PAULO NADER, a Ciência do Direito constitui um conjunto ordenado e sistemático de princípios e regras que têm por tarefa definir e sistematizar o ordenamento jurídico que o Estado impõe à sociedade e apontar solução para os problemas ligados à sua interpretação e aplicação. Seu objeto é o *Direito positivo* (ou direito posto, produzido pelo Estado), mas considerado o Direito positivo de um Estado determinado, num dado momento histórico-cultural. **Introdução ao Estudo do Direito**, Rio de Janeiro: Forense, 24ª edição, 2004, p. 9. Para MIGUEL REALE, a “*Ciência do Direito é sempre ciência de um Direito positivo, isto é, positivado no espaço e no tempo, como experiência efetiva, passada ou atual. Assim é que o Direito dos gregos antigos pode ser objeto de ciência, tanto como o da Grécia de nossos dias*”. **Lições Preliminares de Direito**, São Paulo: Saraiva, 17ª edição, 1990, p. 17. PAULO DOURADO DE GUSMÃO entende que a Ciência do Direito estuda a norma jurídica *positiva* e divide-se em duas: sistemática e técnica. Denomina-se a parte teórica de *sistemática jurídica*, enquanto à prática empresta-se a denominação de *técnica jurídica*, consistente na “*arte de construir, com elementos fornecidos pela ciência jurídica, a regra de direito, integrando-a com as demais regras e princípios jurídicos, concentrando-os e sistematizando-os de modo a criar um corpo orgânico de normas*”. A técnica jurídica se dividiria em: técnica de formulação do direito; técnica da Ciência do Direito; técnica de aplicação do direito. **Introdução à Ciência do Direito**, Rio de Janeiro: Forense, 5ª edição, 1972, p. 13. Para LUIZ ANTONIO RIZZATTO NUNES o “*saber jurídico aponta, assim, para amplo controle social, no qual se instrumentaliza o próprio cientista jurídico, que passa a ser um técnico, cujo acesso ao Direito se faz somente pelo manejo de ferramentas – regras de interpretação – sem as quais não tem como realizar seu trabalho, que desempenha depois de aceitar os pontos de partida (dogmas) estabelecidos pela escola jurídica*”. **Manual de Introdução ao Estudo do Direito**, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 43. WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA entende que o “*cientista do Direito, estritamente como cientista do Direito, aceita o ordenamento jurídico como um dado que elabora, com vistas à sistematização, mas que não pode alterar e que admite com sua indiscutível imperatividade. Daí a denominação de Dogmática Jurídica atribuída à Ciência do Direito*”. **Introdução ao Estudo do Direito - Os Fundamentos e a visão histórica**, Rio de Janeiro: Forense, 2ª edição, 1986, p. 233. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, esclarece que “*os juristas, em termos de um estudo estrito do direito, procurem sempre compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente. Esta ordem que lhes parece como um dado, que eles aceitam e não negam, é o ponto de partida inelutável de qualquer investigação. Ela constitui uma espécie de limitação, dentro da qual eles podem explorar as diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis*”. **Introdução ao Estudo do Direito**, 1ª ed, São Paulo: Atlas, 1990, p. 49.

Ao jurista caberia desvendar o labirinto legal e, para tanto, deve percorrê-lo compartilhando com os demais seu percurso, sinalizando as saídas, as entradas, as armadilhas, os becos sem-saída e, se lhe perguntarem: “*como você sabia o caminho?*” o jurista aponta o teto em cume da pirâmide normativa e responde: “*eu não fiz nada. Está tudo lá. São os princípios. A Constituição nos deu, basta saber olhar para cima e se orientar*”.

As formas para a parábola do templo variam (redes, árvores, funis). O que existe dentro do templo varia (princípios jurídicos e políticos, proposições, regras, etc.). Mas, de um modo geral, a ciência do direito é sistemática e estrutural. Apenas as formas e espaços da estrutura variam. A questão então é saber se o jurista, de dentro desse templo, pode olhar para além das saídas, para fora do templo. Pode a ciência do direito, por exemplo, olhar o templo de fora, voltar e descrever: *sim é uma pirâmide*, isso é tarefa do jurista?

Os limites da cientificidade do direito são objeto de discussão entre os juristas há tempos e, pelo menos no Brasil, permanece sendo problemática a definição de quais pesquisas em direito são admissíveis como científicas.⁴⁹ Determinar as possibilidades do presente trabalho implica averiguar as possibilidades da ciência e do cientista do direito. Há trabalhos e temas que ninguém duvida tratem de trabalhos jurídicos científicos, pois se realizam dentro do templo, marcam o labirinto, apontam os princípios-guia, indicam as saídas. Haveria, contudo, limites de cientificidade?

TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR. salienta que a ciência do direito evoluiu de modo diverso das demais ciências, não havendo separação entre a história da ciência jurídica e a história do próprio direito. Nas demais ciências, o objeto é *dado* enquanto na ciência jurídica o objeto é um resultado, que só se realiza numa prática. Nas demais ciências as definições possuem caráter informativo, enquanto na ciência jurídica possuiriam um sentido informativo (descreve o estado das coisas) combinado com um diretivo (dirige o comportamento).⁵⁰

⁴⁹- Sobre a contemporaneidade do tema ver MARCOS NOBRE, *et al.*, **O que é pesquisa em Direito?**, São Paulo: Quartier Latin, 2005. Trata-se da transcrição dos debates havidos por ocasião da discussão da criação do curso de direito da Faculdade Getúlio Vargas, do qual participaram alguns dos maiores juristas brasileiros. Voltaremos algumas vezes a esse livro ao longo do capítulo. Ver também, em correlação com o problema do ensino jurídico, a proposta de ROBERTO MANGABEIRA UNGER para o curso de direito da Fundação Getúlio Vargas em: **Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil**, disponível no sítio www.law.harvard.edu/faculty/unger/portugues/proje.php acessado em 15.2.2007.

⁵⁰- TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., **Introdução ao Estudo do Direito**, op. cit., pp. 39-51.

As definições teóricas, no caso de um físico, por exemplo, estariam superadas na medida em que o estado das coisas muda e a definição torna-se falsa. No caso do jurista as definições se superam na medida em que deixam de ser guia para a ação. Assim, a ciência jurídica não apenas informa, mas conforma o fenômeno de estudo, faz parte dele.⁵¹

Segundo LUHMANN, a teorização do direito surge em parte de necessidades do ensino jurídico, da transmissão do saber jurídico e, de outra, da própria práxis jurídica. Essa práxis envolveria inicialmente a argumentação daqueles envolvidos no processo jurídico e, posteriormente, a necessidade de fundamentação das decisões dos juízes e da utilização dessa fundamentação de modo consistente nos tribunais.⁵²

Diante de uma exigência de coerência das decisões com as decisões passadas, surge a necessidade de que a experiência dessa práxis seja organizada e possa se manter à disposição para uso futuro. Essa demanda de reutilização tem uma estrutura dual: de um lado, os conceitos e as teorias jurídicas devem restar condensados de modo que possam ser identificados na reutilização. De outro, a reutilização é levada a cabo em situações diversas de modo que, sem embargo de se tratar de um novo caso, devem ser confirmadas as estruturas de sentido que se mantêm invariáveis.⁵³

Apesar disso, essa teoria surgida na práxis não exerce a função de teoria científica, sendo mais um produto colateral da necessidade de se decidir. As teorias surgidas no ensino jurídico, apesar das diferenças para com as da práxis, também estão voltadas para a decisão, pois o sistema educacional, ainda que permita uma maior abstração, prepara para a profissão jurídica e se pretende como aceitável para a prática jurídica.⁵⁴

Para LUHMANN, as teorias dogmáticas – voltadas para uma decisão – do direito que surgem na prática jurídica ou no ensino jurídico são, juntamente com os textos jurídicos (leis e precedentes), a forma pela qual o direito se apresenta como resultado das interpretações e são voltadas portanto para a decidibilidade. Não são, contudo, teorias de reflexão da unidade do sistema jurídico, do seu sentido e função. Essa função seria realizada no âmbito de uma teoria do direito produzida de fora do sistema jurídico.⁵⁵

⁵¹- Idem, ibidem.

⁵²- NIKLAS LUHMANN, **El Derecho de la Sociedad**, Trad. provisória para o espanhol de Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana, México, 2002, p. 61.

⁵³- Idem, ibidem.

⁵⁴- Idem, p. 63.

⁵⁵- Idem, ibidem.

Na teoria sistêmica luhmaniana, na mesma medida em que a sociedade diferencia um sistema jurídico, forma-se junto às normas jurídicas, conceitos e regras de disposição para o seu tratamento. O material jurídico assim levado à forma conceitual pode ser sistematizado segundo princípios e fazer-se fluído, pode converter-se em uma massa dinâmica e autocrítica. Essa é a função das dogmáticas.

Um tratamento teórico-jurídico e científico deste material só tem lugar em um nível maior de abstração, no qual, para maiores liberdades de disposição, há de se pagar o preço de não alcançar força vinculante. A teoria jurídica forma abstrações de abstrações. Essa diferenciação entre dogmática jurídica e teoria jurídica corresponde às diferenças entre sistema jurídico e sistema científico.⁵⁶

A dogmática jurídica preocupa-se então com possibilitar uma decisão e orientar a ação, estando ligada a conceitos fixados, ou seja, partindo de premissas estabelecidas. Essas premissas ou dogmas estabelecidos (emanados da autoridade competente) são, *a priori*, inquestionáveis.

No entanto, conformadas as hipóteses e o rito estatuídos na norma constitucional ou legal incidente, os dogmas podem ser modificados de tal forma a se ajustarem a uma nova realidade. A dogmática, assim, limita a ação do jurista condicionando sua operação aos preceitos legais estabelecidos na norma jurídica, direcionando a conduta humana a seguir o regulamento posto e por ele se limitar, desaconselhando, sob pena de sanção, o comportamento *contra legem*.

A dogmática precisa, sempre, apresentar soluções para as lides, tendo como fonte o conjunto normativo, até quando esse ordenamento não fornece elementos suficientes. Numa querela judicial uma das partes pode não aceitar a decisão imposta, mas o conflito, em termos jurídicos, encerra-se no momento do veredicto.⁵⁷ A dogmática deve dar conta dessa conflituosidade, por isso direciona a atuação do jurista.

⁵⁶- NIKLAS LUHMANN, **Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica**, Trad. Ignácio de Otto Pardo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p. 20-21.

⁵⁷- Como explica JOÃO MAURÍCIO ADEODATO “o conflito permanece nas diferentes (pre)visões estimativas (ou expectativas) que o indivíduo tem do mundo circundante, pois a parte derrotada pode continuar 'revoltada com o sistema injusto' mas não pode mais ser alegado em termos jurídico-dogmáticos”. A dogmática depende do princípio da inegabilidade dos pontos de partida mas não se limita a copiá-los. Dá-lhes interpretação, manipulando-os mesmo, de certo modo. **Ética e retórica**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 32.

Para VERA REGINA P. DE ANDRADE, a dogmática, pode ser “*entendida como um paradigma científico (o paradigma dogmático de Ciência Jurídica) situando as heranças e matrizes que o condicional e a identidade (metodológica, ideológica, funcional e epistemológica) que, ao longo desta configuração, foi assumindo*”.⁵⁸

Assim, cabe à dogmática jurídica interpretar as normas elaboradas pelo legislador, investigando sua intertextualidade com outros documentos afins, buscando a aplicação equitativa das decisões judiciais e, para tanto, fazendo da analogia uma garantia de maior uniformização, assecuratória da segurança jurídica.

A construção da cientificidade do direito, como se vê, além de ter na sua origem necessidades de sistematização do ensino jurídico e da práxis jurídica, se confunde, a partir da Modernidade, com a própria concepção da normatividade, dado que a técnica do direito se conforma como um ensinar (*docere*).

Portanto, a dogmática jurídica, ou a ciência dogmática do direito, tem como objeto o direito na plenitude de sua normatividade e implica um método próprio consistente do delineamento das condições para decidir.

Dessa concepção percebe-se uma dualidade fundamental entre ciência decisória, normativa, que prepara as condições para uma decisão e por isso não pode negar o ordenamento como um ponto de partida; e uma ciência investigativa, descritiva, reflexiva, que não tem obrigação de formar ou preparar juízos decisórios.⁵⁹

FERRAZ JR. trabalha bem a questão da normatividade da ciência do direito. Segundo o autor, é possível alguma idéia do que seja o conhecimento científico, apesar de não ser unívoco o conceito, como voltado para a produção de enunciados que se pretendem verdadeiros, comprováveis, sistematizados e operacionais, ou seja, que forneça previsões seguras para reprodução e interferência nos fenômenos conhecidos.⁶⁰

⁵⁸- VERA REGINA PEREIRA DE ANDRADE. **Dogmática jurídica: esforço de sua configuração e identidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 17.

⁵⁹- PAULO NADER classifica as disciplinas jurídicas em fundamentais (Ciência do Direito, Filosofia do Direito e Sociologia do Direito) e auxiliares (História do Direito, Direito Comparado, entre outras), **Introdução ao Estudo do Direito**, Rio de Janeiro: Forense, 24ª edição, 2004, p. 9 e RONALDO POLETTI considera como disciplinas básicas e, portanto, *fundamentais* do direito apenas a Ciência do Direito e a Filosofia do Direito, situando a Sociologia do Direito entre as *auxiliares*. **Introdução ao Direito**, São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 46-47.

⁶⁰- TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., **A Ciência do Direito**, op. cit. pp. 9-10.

Contudo, o problema do método, diferente das diversas técnicas que cada ciência possa desenvolver,⁶¹ é mais complexo na ciência do direito na medida em que há correntes que declaram o método científico-jurídico compreensivo como eminentemente valorativo, como MIGUEL REALE, e outros que o pretendem mais puro, axiologicamente neutro, como KELSEN.

Por isso, a cientificidade no Direito decorreria do fato da atividade do jurista ser *interpretativa e normativa*,⁶² utilizando-se várias técnicas de interpretação como meio de conhecer as condições de aplicabilidade da norma.

MARIA HELENA DINIZ, após profundo estudo das perspectivas da Teoria Pura do Direito (KELSEN) e da Teoria Ecológica (CARLOS COSSIO), classifica a Ciência do Direito como *ciência normativa*, mas chama a atenção para as três acepções dessa expressão: “*ciência que estabelece normas (Wundt); b) ciência que estuda normas (Kelsen) e ciência que conhece a conduta através de normas (Cossio)*”.⁶³

O equívoco que se há de evitar, assim, está na precisa compreensão do que seja essa normatividade científica do direito e, por consequência, em que medida apenas será considerado científico o estudo jurídico que se apresente como normativo.

⁶¹- Segundo FERRAZ JR. explica, “*Método é um conjunto de princípios de avaliação da evidência, cânones para julgar adequação das explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, ao passo que técnica é o conjunto dos instrumentos variáveis conforme os objetos e temas. O problema do método, portanto, diz respeito à própria definição de enunciado verdadeiro. Note-se, de enunciado verdadeiro e não de verdade. Aqueles que propõem uma distinção básica entre ciência humana e ciência da natureza partem, em geral, do reconhecimento do método aplicado às ciências da natureza, observando, em seguida a sua inadequação aos objetos ditos humanos. A questão pode ser grosso modo apresentada do seguinte modo: nos fenômenos naturais, o método de abordagem refere-se à possibilidade de explicá-los, isto é, constatar a existência de ligações constantes entre fatos, deles deduzindo que os fenômenos estudados daí derivam; já nos fenômenos humanos se acresce à explicação o ato de compreender, isto é, o cientista procura reproduzir intuitivamente o sentido dos fenômenos, valorando-o*”. Idem, p. 11.

⁶²- Cfr. FERRAZ JR.: “*A Ciência do Direito pretende distinguir-se, via de regra, pelo seu método e também pelo seu objeto. Ela é vista pelos juristas como uma atividade e sistemática que se volta principalmente para as normas (positivas vão dizer alguns). Ciência da norma, a Ciência do Direito desenvolveria, então, um método próprio que procuraria captá-la na sua situação concreta (...) A captação da norma na sua situação concreta faria então da Ciência Jurídica uma ciência interpretativa. A Ciência do Direito teria, neste sentido, por tarefa interpretar textos e situações a ela referidos, tendo em vista uma finalidade prática. A finalidade prática domina aí a tarefa interpretativa, que se distinguiria de atividades semelhantes das demais ciências humanas, à medida que a intenção básica do jurista não é simplesmente compreender um texto, como faz, por exemplo, um historiador que estabelece o sentido e o movimento no seu contexto, mas também determinar-lhe a força e o alcance, pondo-o em presença dos dados atuais de um problema (...) A Ciência do Direito diz-se, além de interpretativa, também normativa (...) sua intenção não é apenas conhecer, mas também conhecer tendo em vista as condições de aplicabilidade de norma enquanto modelo de comportamento obrigatório*”. Idem, pp. 14-15.

⁶³- MARIA HELENA DINIZ, **A Ciência Jurídica**, op. cit. p. 153.

Afinal, mesmo na dogmática jurídica, as condições da normatividade do direito atual se dão na sociedade e, atualmente, se definem pela positividade.⁶⁴ Não se trata assim de produzir estudos normativos, que indiquem as decisões a serem tomadas. A normatividade da ciência jurídica deve ser vista considerando a alta mutabilidade do direito contemporâneo. Como o direito não pode mais ser compreendido a partir de princípios universais da natureza, divinos, vontade do soberano, vontade geral, passa a ocupar a atenção das ciências jurídicas a normatividade no contexto dos processos de sua formação e mudança.

A dogmática trata, desse modo, não de tais ou quais decisões, mas sim da própria decidibilidade. Isso é importante para compreender que a normatividade da ciência do direito, não implica a colocar uma decisão (norma) como ponto de partida ou de chegada necessários.⁶⁵

⁶⁴- Nesse sentido os estudos de NIKLAS LUHMANN no sentido de que “*Apesar de toda a autonomia e do desenvolvimento continuado das diferentes noções jurídicas, as mudanças fundamentais do estilo do direito permanecem condicionadas pela mudança estrutural da sociedade, ou seja: são por ela incentivadas e possibilitadas. A complexidade da sociedade, rapidamente crescente na era atual, apresenta novos problemas a todas as esferas do sentido, e portanto também ao direito. Ao mesmo tempo, sua riqueza de possibilidades contém o potencial, se bem que não a garantia, de novas formas de solução dos problemas (...) cresce a necessidade de disponibilidade e de seguranças, que tem que ser satisfeita, se bem que a liberdade de um significa a insegurança do outro. Foi sintomática a clareza com que esse problema se tornou consciente no final do século XIX, com respeito à liberdade contratual e seus limites. Os problemas em consequência da diferenciação funcional transparecem aqui, e também em outros casos, nos diversos institutos do direito, no fato de que noções já familiarizadas se tornam questionáveis e inseguras; surgem rachaduras nos sistemas dogmáticos. Um grande número de novas expressões ainda não encaminhadas, como o direito securitário, o direito do trabalho, o direito do trânsito, transbordam o direito vigente e fazem com que declinem sensivelmente o nível da arte conceitual e do domínio da matéria no direito. Apesar de toda valorização da atividade decisória dos juízes pode-se perceber que esses problemas não podem mais ser resolvidos no plano e na forma do direito dos juristas até então praticado. Na medida em que possam ser resolvidos pelo direito, eles exigem cada vez mais o recurso à legislação...*”. Até então “*Apesar de aceitar-se a legislação, o direito como um todo tinha uma vigência baseada na verdade, na implementação sagrada ou na tradição, nunca constituindo um direito positivo construído e modificável a qualquer momento (...) A passagem para o direito positivo, cuja vigência baseia-se exclusivamente na decisão e que é modificável também através de decisão, modifica novamente o estilo do direito, modifica o plano do sentido no qual procura-se e assegura-se a generalização congruente de expectativas sobre expectativas (...) Essa mudança tem consequências para a localização e a qualificação conceituais do direito. O campo de ações do homem e dessa forma a construção de sentido do seu mundo (daquilo que o mundo lhe apresenta como possibilidade) sempre dependem da estruturação da sociedade*”. **Sociologia do Direito I**, op. cit. pp. 225-238.

⁶⁵- FERRAZ JR. observa, com base nos estudos de LUHMANN, que “*o fenômeno da positivação estabelece o campo em que se move a Ciência do Direito moderna. Note-se que isto não precisa ser entendido em termos positivistas, no sentido de que só o direito positivo seja o seu objeto, mas simplesmente que a positivação envolve o ser humano de tal modo que toda e qualquer reflexão sobre o Direito tem de tomar posição perante ela. Ela não faz do direito positivo o objeto único da ciência jurídica, mas condiciona a determinação do seu método e objeto (...) A positivação representa, assim, uma legalização do câmbio do direito. Assim, por exemplo, a rescisão de um contrato de locação de imóveis pode ser proibida, de novo permitida, dificultada, etc. O Direito continua resultando de uma série de fatores causais muito mais importantes que a decisão, como valores socialmente prevalentes, interesses de fato dominantes, injunções econômicas, políticas, etc. Ele não nasce da pena do legislador. Contudo, a decisão do legislador, que não o produz, tem a função importante de escolher uma possibilidade de regulamentação*”

Colocar o fenômeno da decidibilidade como centro da ciência do direito, e não as decisões em si (seja na forma da legislação, dos princípios ou das decisões judiciais), expande o objeto e método da dogmática jurídica, que transcende a mera técnica. Mas a dogmática jurídica permanece prescritiva, ou seja, diz como problemas devem ser resolvidos e não meramente os descreve.⁶⁶

De outro lado, isso não implica que toda atividade de pesquisa jurídica deva ser uma atividade de dogmática jurídica. Na análise de MARCOS NOBRE “*Se o Direito tem uma especificidade – e acho que tem – não vejo por que ela deveria impedir que a Ciência do Direito possa ser explicativa. Não vejo por que essa especificidade do Direito deva impedir que ela seja explicativa, desde que mantenhamos com vigor a distinção entre técnica e ciência*”.⁶⁷

Assim, mesmo considerando esse alargamento da dogmática, há ainda um plano de reflexão do direito que não está envolvido na propositura de soluções para a decidibilidade e que permanece sendo uma investigação científica explicativa.

do comportamento em detrimento de outras que, apesar disso, não desaparecem do horizonte da experiência jurídica, mas ficam aí, presentes e à disposição, toda vez que uma mudança se faça oportuna. Ora, esta situação modifica o status científico da Ciência do Direito, que deixa de se preocupar com a determinação daquilo que materialmente sempre foi Direito com o fito do descrever aquilo que, então, pode ser direito (relação causal), para ocupar-se com a oportunidade de certas decisões, tendo em vista aquilo que deve ser direito (relação de imputação). Neste sentido, o seu problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de decidibilidade.”, A Ciência do Direito, op. cit. pp. 42 e 44.

⁶⁶- Novamente FERRAZ JR. coloca que há mesmo uma função social para esse tipo de estudo dogmático, esclarecendo que “*A mera técnica jurídica que, é verdade, alguns costumam confundir com a Ciência do Direito, e que corresponde à atividade jurisdicional no sentido amplo – o trabalho dos advogados, juizes, promotores, legisladores, pareceristas e outros – é um dado importante, mas não é a própria ciência. Esta se constitui como uma arquitetônica de modelos, no sentido aristotélico do termo, ou seja, como uma atividade que os subordina entre si tendo em vista o problema da decidibilidade (e não de uma decisão concreta). Como, porém, a decidibilidade é um problema e não uma solução, uma questão aberta e não um critério fechado, dominada que está por aporias como as da justiça, da utilidade, da certeza, da legitimidade, da eficiência, da legalidade etc., a arquitetônica jurídica (combinatória de modelos) depende do modo como colocamos os problemas. Como os problemas se caracterizam como ausência de uma solução, abertura para diversas alternativas possíveis, a ciência jurídica se nos depara como um espectro de teorias, às vezes até mesmo incompatíveis, que guardam sua unidade no ponto problemática de sua partida. Como essas teorias têm uma função social e uma natureza tecnológica, elas não constituem meras explicações dos fenômenos, mas se tornam, na prática, doutrina, isto é, elas ensinam e dizem como deve ser feito. O agrupamento de doutrinas em corpos mais ou menos homogêneos é que transforma, por fim, a Ciência do Direito em Dogmática Jurídica. Dogmática é, nesse sentido, um corpo de doutrinas, de teorias que têm sua função básica em uma docere (ensinar). Ora, é justamente este docere que delimita as possibilidades abertas pela questão da decidibilidade, proporcionando certo fechamento no critério de combinação dos modelos (...) Enquanto o cientista do Direito se sente vinculado, na colocação dos problemas, a uma proposta de solução, possível e viável, os demais podem inclusive suspender o seu juízo, colocando questões para deixá-las em aberto”.* A Ciência do Direito, op. cit., pp. 127-128.

⁶⁷- MARCOS NOBRE, *O que é Pesquisa em Direito?* in *O que é Pesquisa em Direito?* op. cit., p. 36.

A tarefa do jurista, assim, pode implicar ir além da dogmática, além do estudo exclusivo das normas, princípios, regras e mesmo das soluções para a tomada de decisão, podendo adotar uma postura de investigação, e não *docere*. É preciso superar a visão que prega o isolamento da atividade do jurista com medo de que sua tarefa se confunda com investigações sociais, econômicas, psicológicas.⁶⁸ Ao se isolar, o jurista não se pergunta o que existe fora do labirinto, por que o labirinto está lá, se ele poderia ser de outro modo, o jurista científico pensa na saída, mas não no que existe lá fora, depois do labirinto, ou antes.⁶⁹

É certo que existe uma ciência do direito em um sentido estrito, voltada para as condições de decisão normativa. Mas é certo também que a pesquisa jurídica científica não precisa se limitar a essa porção do fenômeno jurídico para que possa ser considerada como científica. Nesse sentido, FERRAZ JR., em uma reflexão contemporânea sobre as relações entre a dogmática e a pesquisa em direito, conclui que a dogmática, como deve ser capaz de legitimar a lei, as decisões, pode perfeitamente assumir uma perspectiva crítica, interpretativa. Essa abertura conduz também a novos espaços para a pesquisa jurídica com aspecto inquiridor dos próprios fundamentos dessas condições de decidibilidade.⁷⁰

⁶⁸- Como por exemplo em GERALDO ATALIBA, que entende que a tarefa do jurista envolve “*Descobrir os princípios, sistematizá-los, dar às normas o seu sentido verdadeiro, são tarefas do jurista e somente do jurista. Não pode ele compartilhá-las com os cultores de outros ramos do saber, sem sair do seu campo científico para invadir o dos economistas, dos financeristas e outros. É por isto que este trabalho se circunscreve ao exame jurídico do crédito público e do seu regime. Cinge-se aos estudos dos princípios e das normas jurídicas que regem os empréstimos públicos, no sistema brasileiro atual. Nem sequer nos inquietam os outros aspectos do tema, os quais sem dúvida são do mesmo objeto, mas visto sob o prisma diverso, à luz de outras preocupações não jurídicas. A nossa é toda limitada à esfera do direito (...) Debalde se hão de buscar, neste trabalho, dados estatísticos, indicações numéricas, cifras ou o seu comentário, a sua interpretação econômica ou alguma crítica financeira, o comportamento, causas, reflexos, etc. Cometimento assim estranho ao direito, segundo nosso juízo, é da alçada dos especialistas das ciências econômicas e da ciência das finanças. Somente eles são habilitados e devidamente informados para tais investigações que, conseqüentemente, se não compadecem com o estrito caráter jurídico da nossa monografia*” GERALDO ATALIBA, **Empréstimos públicos e seu regime jurídico**, São Paulo: RT, 1972, *apud*, JOSÉ EDUARDO FARIA e CELSO FERNANDES CAMPILONGO, **A Sociologia Jurídica no Brasil**, op. cit. p. 33.

⁶⁹- CAMPILONGO e FARIA, criticando essa postura, colocam que “*Tal discurso define sua preocupação como ‘toda limitada à esfera do direito’. As abordagens que escapam à sua lógica são rotuladas de não jurídicas. Levanta-se, desse modo, o obstáculo epistemológico: resistências intelectuais que bloqueiam, travam e desnaturam a produção de conhecimentos científicos. Ao definir as ‘tarefas dos juristas e só dos juristas’, essa postura cria um fabulado ‘campo científico’ que, sem sutilezas, suprime os espaços que a Sociologia Jurídica e, por extensão, a própria realidade social ocupam na reflexão sobre o direito*”. Idem, *ibidem*.

⁷⁰- Assim TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. explica que “*Não é o aplicador do Direito que se abre para o fenômeno, mas a exigência de se confirmar a sabedoria da Lei, que abarca tudo, que regula até o irregular, e que força a trazer para a dogmática a especulação que, de secundária, olhando-se a finalidade, se torna irrelevante (...) Ao tentarmos reunir dogmática e pesquisa, aparecem um aspecto inquiridor dos fundamentos como meio de alargamento das condições de decidibilidade*”, **A Relação entre Dogmática Jurídica e Pesquisa in O que é Pesquisa em Direito?** op. cit., p. 79.

Comentando esse raciocínio, afirma JOSÉ REINALDO LIMA LOPES que: *“Há um problema lingüístico muito comum entre os juristas, que é fazer exegese dos textos e ignorar que por trás deles há conflitos cuja natureza precisam investigar a natureza. Talvez por isto o professor Tércio afirme que na dogmática não se faz investigação da natureza de que falo, dada pela História, pelas Ciências Sociais, e pela Filosofia. Acredito que o problema deve ser colocado como de pesquisa em Direito se as formulações da questão e da resposta se dão em termos jurídicos (normativos)”*.⁷¹

Parece assim ter razão LOPES quando afirma que a investigação de natureza histórica, sociológica e filosófica deve também ser pensada e realizada como pesquisa em direito. Merece reflexão também a observação de CAIO RODRIGUEZ no sentido de que *“o Direito se distanciou das Ciências Sociais não porque ele deixou de ser científico, mas porque ele continua preso ao paradigma o que é científico ou não”*.⁷² Para além de uma ciência dogmática do direito, não se pode deixar de considerar científicas as abordagens investigativo-reflexivas. Trata-se de uma perspectiva compreensiva das ciências jurídicas, englobando aspectos epistemológicos, teóricos e dogmáticos.⁷³

Desse modo, parece defensável que a proposta ora entabulada possa se apresentar como científica,⁷⁴ embora adote, sem perder de vista a normatividade do direito-objeto, perspectivas epistemológicas e sociológicas para tratar do tema escolhido, o que leva à questão final da espécie do método de abordagem a ser privilegiado.

⁷¹- JOSÉ REINALDO LIMA LOPES, **A Relação entre Dogmática Jurídica e Pesquisa in O que é Pesquisa em Direito?** op. cit. pp. 82-83.

⁷²- CAIO RODRIGUEZ, **O que é Pesquisa em Direito?** in **O que é Pesquisa em Direito?** op. cit. p. 59.

⁷³- Na perspectiva de RONALDO PORTO MACEDO JR. *“É relevante observar que a experiência moderna de posituação do Direito é uma relação que, no século XX, passa a ser distinta entre teoria e dogmática. A Teoria do Direito ganha um caráter descritivo e se assenta em pressupostos epistemológicos céticos, ou mais próximos da reflexão da ciência moderna. A meu ver, do ponto de vista metodológico, a relação muda: a Teoria do Direito deixa de ser aquele campo do conhecimento que oferecia um núcleo sólido para a construção da dogmática, caminhando, paulatinamente, na direção de se tornar uma disciplina independente que visa analisar, e não fundamentar”*. **A Relação entre Dogmática Jurídica e Pesquisa in O que é Pesquisa em Direito?** op. cit. pp. 87-88. Diz ainda o autor que *“Com relação a essa distinção entre filosofia, teoria e dogmática, eu tendo a achar que ela tem uma função didática muito importante, porque delimita de maneira eficaz qual deve ser o campo de pesquisa privilegiado em uma faculdade de Direito. Nessa articulação entre a teoria do Direito e a dogmática deve estar o campo privilegiado dos esforços, do investimento institucional e das preocupações”*, Idem, p. 101.

⁷⁴- UMBERTO ECO diz que o estudo científico *“debruça-se sobre um objeto reconhecível e definido de tal maneira que seja reconhecível igualmente pelos outros”*, sendo que *“definir o objeto significa definir as condições sob as quais podemos falar, com base em certas regras que estabelecemos ou que outros estabeleceram antes de nós (...) e que “o estudo deve dizer do objeto algo que ainda não foi dito ou rever sob uma ótica diferente o que já se disse (...) O estudo deve ser útil aos demais”*, sendo imprescindível que forneça *“elementos para a verificação e a contestação das hipóteses apresentadas”*. **Como se faz uma tese**, trad. Gilson César Cardoso de Souza, 15ª. Ed., São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 21.

I.5. – ABORDAGEM ZETÉTICA E ABORDAGEM DOGMÁTICA

THEODOR VIEHWEG propôs a distinção, introduzida entre nós por FERRAZ JR., entre o enfoque zetético e o dogmático. Para VIEHWEG, na análise de como podem surgir âmbitos temáticos do conhecimento (*topoi*) podem se considerar esquemas de perguntas ou esquemas de respostas. Constituído o campo de problemas, são oferecidas respostas que, de acordo com procedimentos de prova a serem precisados, são finalmente aceitas ou rechaçadas. Nestes esquemas topológicos é possível conferir maior importância às perguntas ou às respostas. Quando se confere às perguntas, a estrutura aponta para um enfoque zetético. Quando se salienta as respostas, para um enfoque dogmático.⁷⁵

Na investigação zetética as respostas são tomadas como tentativas, provisórias e questionáveis e sua tarefa é caracterizar um horizonte de questões. Na investigação dogmática, a argumentação parte de alguns pontos que não podem ser questionados e sua reflexividade é, neste sentido, limitada pela impossibilidade do questionamento dos dogmas. O pensamento dogmático está vinculado, diz VIEHWEG, à opinião e à formação de opinião, enquanto que o zetético liga-se com a dissolução das opiniões pela investigação e seu pressuposto básico é a dúvida.⁷⁶

⁷⁵- THEODOR VIEHWEG, **Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica in Tópica y filosofía del derecho**. 2ª ed., Trad. de Jorge M. Seña. Barcelona: Gedisa, 1997, pp. 71-85.

⁷⁶- Idem, *ibidem*. Como também esclarece TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.. “*Pode-se, portanto, dar à ciência jurídica um enfoque meramente informativo ou ostensivamente diretivo. Distingue-se assim a zetética e a dogmática jurídica. O enfoque dogmático releva o ato de opinar e ressalva algumas das opiniões, com função informativa. No plano de uma investigação zetética, pode-se dizer que elas são constituídas num conjunto de enunciados transmitindo informações verdadeiras sobre o que existiu, existe ou existirá. Esses enunciados são basicamente constatações. Uma investigação científica de natureza zetética, em consequência constrói-se a partir de constatações certas, cuja evidência, em determinada época, nos indica, em alto grau, que elas são verdadeiras. A zetética deixa de questionar certos enunciados quando verificáveis e comprováveis, a dogmática não questiona suas premissas porque elas foram estabelecidas como inquestionáveis como ato de poder. A zetética jurídica corresponde às disciplinas que, tendo por objeto não apenas o direito, podem, entretanto, tomá-lo como um de seus objetos precípuos*”. **Introdução ao estudo do Direito**. op. cit. pp 39-51. Em outra obra, esclarece que “*Na verdade os dois tipos de questão, na Ciência Jurídica, embora separados pela análise, estão em correlação funcional. Apesar disso, é preciso reconhecer que os juristas, há mais de um século, tendem a atribuir maior importância às questões dogmáticas que às zetéticas. Estas últimas são mais livres, no sentido de mais abertas, e, por isso mesmo, muitas vezes dispensáveis, pois a pesquisa de trocar com facilidade o s seus conceitos hipotéticos, enquanto a dogmática (num sentido restrito) presa a conceitos fixados, obriga-se muito mais a o trabalho de interpretação. Mesmo assim, não é difícil mostrar com certa facilidade que as questões dogmáticas não se estruturam em razão de uma opinião qualquer, mas de dogmas que devem ser de algum modo legitimados. Ora, no mundo ocidental, onde esta legitimação vem perdendo a simplicidade que se revelava na sua referência a valores outrora fixados pela fé, ou pela natureza, o recurso a questões zetéticas torna-se inevitável*”. **A Ciência do Direito**, op. cit. p. 46-47.

Dentro dessa perspectiva, o método de abordagem adotado como predominante no presente estudo é o zetético, na medida em que, como se verá adiante, analisa criticamente os aspectos consolidados das diferentes dogmáticas disponíveis acerca de interesses difusos. Nesse cenário, parece possível afirmar a cientificidade do presente estudo, bem como a coerência da sua proposta interdisciplinar e inter-metodológica, abordando de modo zetético perspectivas epistemológicas, teóricas e dogmáticas.

O próximo capítulo buscará introduzir aspectos da epistemologia jurídica enquanto plano lógico da abordagem a ser utilizada para investigar o tratamento conferido pela teoria e dogmática jurídicas ao problema da conflituosidade dos interesses difusos e da decorrente jurisdicionalização de questões políticas.

II. – A ABORDAGEM EPISTEMOLÓGICA

II.1. – EPISTEMOLOGIA JURÍDICA NA TEORIA JURÍDICA

Se a técnica da metodologia a ser privilegiada no presente estudo pode ser considerada zetética, sem com isso perder sua cientificidade, de um ponto de vista metodológico, a abordagem predominante pode ser considerada epistemológica. No presente capítulo, com a finalidade de elucidar o objeto e método da epistemologia jurídica, serão apresentadas algumas das possibilidades de abordagem epistemológica do direito, em especial a partir dos estudos de WILLIS SANTIAGO GUERRA que, entre nós, buscou dar um tratamento sistematizado ao tema.⁷⁷

Também são de necessária menção os estudos jurídicos de abordagem epistemológica – embora não especialmente *sobre* a epistemologia jurídica – de REALE, FERRAZ JR. e de ALOYSIO FERRAZ PEREIRA acerca da cientificidade do direito. A investigação da cientificidade de um saber é, em regra, uma abordagem epistemológica.⁷⁸

Mais recentemente, além dos já mencionados estudos de GUERRA, LEONEL SEVERO ROCHA vem também se dedicando a estudos sistematizados das diferentes teorias desenvolvidas em epistemologia jurídica.⁷⁹

Mas o que significa abordar o direito de um modo epistemológico? Em primeiro lugar, há que se esclarecer que a técnica metodológica da abordagem epistemológica é tipicamente zetética, no sentido visto no capítulo anterior. Não se trata contudo apenas de um método de abordagem, mas também de uma ciência própria.

⁷⁷- WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, **Introdução à Filosofia e à Epistemologia Jurídica**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

⁷⁸- TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., **Direito Retórica e Comunicação**, São Paulo: Saraiva, 1973, **A ciência do Direito**, São Paulo: Atlas, 1977, **Função Social da Dogmática Jurídica**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978; ALOYSIO FERRAZ PEREIRA, **O direito como ciência**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. É de se ressaltar que, como visto, foi MIGUEL REALE quem pioneiramente desenvolveu profundas reflexões entre nós sobre a epistemologia jurídica, ou ontognoseologia jurídica, em especial nas suas conhecidas obras **Direito como Experiência**, op. cit e em **Verdade e Conjectura**, São Paulo: Nova Fronteira, 1983. Contudo, justamente pelo pioneirismo, não se tratam de estudos voltados à sistematização das epistemologias jurídicas disponíveis, como é o de GUERRA, mas sim de obras cuja abordagem é epistemológica.

⁷⁹- LEONEL SEVERO ROCHA, **Epistemologia jurídica e democracia**, op. cit. **Três Matrizes da Teoria Jurídica**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

A epistemologia pode ser pensada como a reflexão, e o estudo dessa reflexão, acerca dos critérios pelos quais se orienta a formação do conhecimento científico.⁸⁰ Em outras palavras, a epistemologia estuda o modo pelo qual se estuda, pelo qual se dá o conhecimento em uma ciência determinada, inclusive na própria epistemologia.

Como bem nota GUERRA, com arrimo em FERRAZ JR., ainda que o conceito *dogmático* de ciência do direito tenha suas origens na Escola Histórica do século XIX, como analisado no capítulo anterior, o direito já era estudado desde a antiguidade romana, em que: “*Tratava-se de um saber prático, guiado por um método próprio, adequado a seu objeto, dotado de um senso de rigor na construção de sua terminologia e mesmo de uma intuição para atingir a veracidade por intermédio da retórica*”. Esse caráter, de saber prático, de algo que não é descoberto, mas construído pelo jurista é, para o autor, “*um aspecto essencial do Direito, em qualquer época histórica*”.⁸¹

Nesse contexto, falar em abordagem epistemológica do direito implica, de imediato, uma abordagem meta-teórica, que considere toda forma de conhecimento do direito, inclusive a si própria, como contingente – já que construída – e não necessária, como se descoberta fosse. Assim, apenas em um sentido estrito o objeto da ciência do direito pode ser considerado como o sistema de normas que compõem determinado ordenamento jurídico positivo, constituindo-se essa forma de conhecimento o que comumente se chama de dogmática jurídica, analisada alhures.⁸²

A dogmática jurídica é muitas vezes tratada com dogmatismo (embora não precise sê-lo), ou seja, como um ponto de partida inescapável, segundo o qual o único modo possível de conhecer o direito é pelo conhecimento do sistema de normas de um ordenamento positivo. Segundo GUERRA, novas aquisições da teoria jurídica após a grande difusão do normativismo da Teoria Pura do Direito, cujo núcleo duro é justamente o de um formalismo científico, propiciaram à epistemologia jurídica a percepção de que o conhecimento jurídico, assim como nas ciências naturais, também é construído por meio da oposição aos conhecimentos já estabelecidos.⁸³

⁸⁰- Cfr. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, “*A epistemologia é a disciplina voltada ao estudo e ao controle das condições de possibilidade e validade do conhecimento científico*”. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.23.

⁸¹- WILLIS SANTIAGO GUERRA, **Introdução à Filosofia e à Epistemologia Jurídica**, op. cit., p. 105

⁸²- *Ibidem*, p. 106.

⁸³- Tratar-se-ia da falseabilidade das verdades científicas, no sentido de KARL POPPER. *Idem*, *ibidem*.

Ainda na visão de GUERRA, a abordagem epistemológica é também tributária da concepção marxista do direito, por conta da crítica à qual KARL MARX submete a Escola Histórica. Ao analisar a legislação prussiana que tipificava a colheita de lenha às margens do Reno como roubo, produzida pelo próprio FREDERICH KARL VON SAVIGNY, expoente máximo da Escola Histórica, MARX se recusa a ver a colheita de lenha caída como um fato idêntico ao roubo de lenha. Com esse tipo de abordagem crítica: “*a teoria da ciência do direito de Marx traria uma contribuição para a expansão do paradigma científico jurídico, o modelo dogmático de estudo a configurar uma ciência jurídica alternativa, uma ruptura do paradigma dominante*”.⁸⁴ Assim, a crítica marxista busca vencer o dogmatismo propondo outros meios de se pensar o direito que não são aqueles tidos por científicos pela comunidade dominante, mas que também se pretendem como científicos, no caso de MARX, resgatando idéias de um direito natural (natureza jurídica do roubo diferente da colheita) e de um direito costumeiro na colheita de lenha às margens do rio Reno.

Para GUERRA, outros dois juristas que também influenciaram a epistemologia jurídica são RALF DREIER e ROBERT ALEXY, para quem o direito deve ser estudado de forma tridimensional, nas dimensões empírica, analítica e normativa, unidas e orientadas pela perspectiva da decisão judicial – e portanto, nesse sentido, dogmática.⁸⁵

Há ainda a abordagem epistemológica de MARIO JORI em *Ensaio de Metajurisprudência*, para quem há três planos lingüísticos de significação jurídica: no primeiro, a relação entre as normas da ordem jurídica (sintático); no segundo, metalinguisticamente, o estudo sobre as normas, a jurisprudência, o discurso sobre o direito (semânticas) e, por fim, a metajurisprudência, que se ocupa do pensamento jurídico.

⁸⁴- Idem, pp. 125-128.

⁸⁵- Trata-se aqui de um tridimensionalismo epistemológico (como o direito deve ser pensado), diferente do tridimensionalismo ontológico (como o direito é) de MIGUEL REALE. Quanto ao modelo DREIER-ALEXY, na dimensão analítica, “*se realizaria um trabalho de elaboração conceitual e sistemática do direito positivo*”. Trata-se de analisar categorias e conceitos jurídicos fundamentais (sujeito de direito, interesse, norma), construções (teoria da imprevisão) e mesmo a estrutura do sistema jurídico “*quando se procura determinar as conseqüências de se admitir que o juiz regularmente uma situação jurídica concreta prescindindo da necessária normatividade, julgando mandado de injunção, ou o emprego de um princípio de proporcionalidade para harmonizar princípios e/ou direitos fundamentais em conflito em dado caso concreto, respectivamente*”; Na dimensão empírica, trata-se de conhecer uma ordem jurídica objetiva e positivada, leis, decisões, e prognósticos de possíveis decisões; e na dimensão normativa seriam estudadas questões relativas a valores (da normatividade-imperatividade) não alcançados pela dimensão empírica, dando margem a uma crítica racional, da qual é condição prévia a clareza e univocidade dos conceitos, bem como a coerência do sistema. Seriam dimensões interdependentes e sua integração é necessária para construir uma verdadeira ciência do direito (voltada para a decidibilidade), WILLIS SANTIAGO GUERRA, **Introdução à Filosofia e à Epistemologia Jurídica**, op. cit. pp. 154-155.

Nesse contexto, para JORI, a metajurisprudência (ou epistemologia jurídica) pode ser descritiva – analisa os discursos sobre o direito – ou prescritiva – como os discursos sobre o direito devem ser.⁸⁶

CHRISTIAN ATIAS também contribuiu com a sua obra *Epistemologia Jurídica*. Para esse autor, que buscou fundar uma epistemologia jurídica descritiva, a tarefa da epistemologia jurídica seria “*entender os diversos procedimentos através dos quais o direito é conhecido*”.⁸⁷ Para ATIAS, segundo o estudo de GUERRA, há dois tipos de formas de conhecimento do direito: a forma incontestável (ciência aplicada) e as formas vulneráveis (ciência fundamental, filosofia e epistemologia) “*a epistemologia do direito examinaria a elaboração dos fatos pela ciência do direito, visando a demonstrar como as doutrinas jurídicas contribuem para o desenvolvimento do direito*”.⁸⁸

A fundamental abordagem de REALE, vista no capítulo anterior, trata justamente da questão da viabilidade da abordagem epistemológica enquanto metodologia científica. Como visto, para REALE esse tipo de investigação seria conjectural e não propriamente científica, ou seja, não é tarefa do cientista do direito, mas sim filosófica.

Contudo, na visão de GUERRA sobre o pensamento de REALE, “*As conseqüências desse pensamento para a epistemologia jurídica são evidentes, já que o conhecimento jurídico seria, em grande parte, de se considerar conjectural, no sentido que lhe atribui Reale*”.⁸⁹

⁸⁶- Idem, pp. 158-159.

⁸⁷- Idem, pp. 166.

⁸⁸- Como explica GUERRA, para ATIAS, a forma incontestável (aplicada) está em um primeiro plano do conhecimento jurídico e objetiva prever decisões jurídicas. Entre as formas vulneráveis, em um segundo plano, está a ciência fundamental, a qual colabora na sistematização da ciência aplicada e realiza também um trabalho científico, “*visando à descoberta de regularidades, leis em sentido científico*”. Em terceiro plano, também vulnerável, está a filosofia do direito como instância crítica, responsável pela possibilidade de mudança e progresso na ordem positiva. No quarto e último plano, na posição mais vulnerável de todas, se coloca o estudo epistemológico dos princípios, postulados, métodos e resultados da cognição do fenômeno jurídico, voltados para sua melhoria. “*A esse fenômeno pertencem não só as disposições normativas de legisladores e juizes, como também as doutrinas jurídicas, o que significa que a ciência jurídica contribui para a constituição de seu próprio objeto*”. Idem, pp. 166-169.

⁸⁹- Como se verá, para REALE é possível adquirir conhecimento sobre realidades além da experiência (do direito), situadas em um âmbito metafísico. A natureza desse conhecimento, contudo, seria diversa do conhecimento científico. Segundo GUERRA, para MIGUEL REALE “*O conhecimento metafísico é tido como conjectural, e não devemos esperar que nos dê conceitos como aqueles da ciência, mas sim idéias, que condicionem nossa experiência e envolvam os objetos da nossa percepção em um horizonte, o qual pode ser ampliado à medida em que ampliamos nosso conhecimento*”. **Introdução à Filosofia e à Epistemologia Jurídica**, op. cit. p. 173.

Assim, disciplinas como política do direito, teoria da justiça, hermenêutica, direito e economia, e a própria dogmática jurídica receberiam legitimação de seu *status* cognitivo (ainda que conjectural), legitimando um pluralismo científico.

Não obstante o *status* científico ou meramente cognitivo que a epistemologia jurídica possa ter em cada vertente, como se nota, a abordagem epistemológica acaba sempre por construir autologicamente seu objeto, ou seja, a epistemologia jurídica busca sistematizar também o seu próprio lugar epistemológico. Ao fazê-lo parece ser também uma consequência inevitável dessa abordagem um holismo juscientífico, ou seja, uma convergência e uma coexistência dos saberes jurídico-científicos.⁹⁰

É de se ressaltar ainda que uma abordagem epistemológica não redundaria, necessariamente, em um estudo *sobre* epistemologia jurídica. A abordagem epistemológica *pode* ser autológica, ou seja, buscando o *status* epistemológico-jurídico da própria epistemologia jurídica. Pode se dar também no campo semântico, ou seja, observando os chamados fenômenos – como os interesses difusos – e as próprias teorias gerais do direito – como a Teoria Pura do Direito – enquanto artefatos da semântica do direito.

O que caracterizará a abordagem como epistemológica é a descrição de seu objeto como descrições de um objeto descrito, ou seja, teoriza a forma de se pensar um objeto cognoscível e, portanto, constitui seu próprio objeto ao descrevê-lo. Assim, a teoria jurídica que utiliza uma abordagem epistemológica leva em consideração os efeitos da teoria no objeto teorizado. Essa abordagem pode se dar em diferentes planos lógicos e metalógicos, o que significa que é possível também descrever o efeito que determinadas teorias produzem nos seus objetos, considerando-se os efeitos dessa observação.

A literatura jurídica em geral costuma encampar uma abordagem que anuncia ao leitor um modo essencial pelo qual direito é concebido. É comum a referência a um alicerce do pensamento jurídico a ser desenvolvido no trabalho.

⁹⁰- Cfr. WILLIS SANTIGAO GUERRA FILHO “*Em primeiro lugar, parece correto afirmar que se verifica atualmente, em diversos posicionamentos sobre o conhecimento jurídico, uma aceitação generalizada da variedade de saberes que o compõem, e da necessidade de incluí-los a todos, ou o máximo possível, a fim de obter uma qualidade científica mais elevada para aquele conhecimento. Esse tipo de abordagem vem sendo qualificada recentemente de pós-moderna, por relacionada com uma necessidade de convergência dos diversos sistemas de conhecimento, os quais se auto-legitimam em sua prática e se tornam válidos na medida em que nos conscientizamos de que todos estão fundamentados em opções arbitrárias, com caráter localizado. É a consciência dessas limitações e o consenso em torno dos requisitos essenciais para o entendimento mútuo que tornam possível a troca de conhecimentos entre esses sistemas*”. **Introdução à Filosofia e à Epistemologia Jurídica**, op. cit. pp. 176-177.

Esse alicerce pode ser a Constituição Federal e seus princípios jurídicos; pode ser a natureza jurídica do objeto a ser estudado; pode ser a dimensão lingüística-lógico-sintática das proposições normativas; pode ser a dimensão comunicativo-pragmática das normas; pode ser a dimensão sistêmico-normativa do ordenamento; pode ser a concepção do direito enquanto fato social que regula a vida humana; pode ser a sua concepção como uma experiência cultural impregnada de valores; podem ser todas essas – e outras – concepções: gizados os modos pelos quais se pode conhecer o direito, passa-se ao conhecimento do objeto jurídico da teoria, fundado em um, alguns, ou todos esses alicerces.

Contudo, uma vez invocados, esses alicerces não são mais tematizados. Nesse cenário, pensar a tutela dos interesses metaindividuais tendo por pressuposto epistemológico-jurídico a supremacia dos princípios constitucionais ou a dimensão lógico-sintática das proposições normativas pode ter resultados muito diferentes. Essa tensão normalmente redundando em um discurso que rotula teorias como meramente acadêmicas ou meramente pragmáticas, conforme o lado do qual se aponte a diferença.

No caso da conflituosidade desses interesses e da jurisdicionalização de questões políticas – poder-se-ia dizer nos problemas relacionados à legitimação e efetividade do direito – esse problema se agrava, pois passam a entrar em cena fundamentos não-jurídicos (políticos) da teoria jurídica.

A falta da capacidade de reflexão por meio da epistemologia (auto-observação), acaba levando ao esgotamento dos paradigmas disponíveis e à criação de novos, que é o que se pretende investigar. Mas esses novos paradigmas tendem também a se esgotar se não puderem lidar com o problema de seus próprios limites teóricos.

II.2. – PARADIGMAS DA TEORIA JURÍDICA E INTERESSES DIFUSOS

A incorporação da noção de *paradigma* à teoria jurídica pode ser associada às conquistas da epistemologia jurídica, vistas no item anterior, e também às dificuldades que a complexidade da observação da sociedade contemporânea vêm trazendo para o direito e para a teoria do direito.

A conquista se dá por conta das novas possibilidades e alternativas decorrentes da reflexão sobre a formação e transformação dos paradigmas do conhecimento jurídico-científico, no sentido de paradigma proposto por THOMAS SAMUEL KUHN.⁹¹

Contudo, a existência dessa reflexão indica que os paradigmas dominantes não estão suficientemente estabilizados, pois se sujeitam à reflexão acerca de alternativas epistemológicas. Tome-se, por exemplo, a própria a conflituosidade dos interesses difusos. A inadequação do conceito jurídico de interesse é sentida por conta de irritações externas ao direito (políticas e econômicas), mas é percebida juridicamente como inadequada por conta do esgotamento do paradigma jurídico-teórico tradicional, ou seja, um problema interno no direito.⁹²

Os estudos de KUHN propõem que o conhecimento científico não é o resultado do acúmulo de estudos e descobertas ao longo da história, mas sim que transita entre padrões de racionalidade, métodos e critérios hermenêuticos aceitos na comunidade científica como procedimentos válidos para a produção de verdades científicas, ou seja, paradigmas.⁹³ Paradigma pode ser definido então como uma série de suposições, métodos e problemas típicos que determinam para uma comunidade científica quais são as questões cientificamente importantes e qual a melhor maneira de respondê-las. Parte-se do princípio de que determinadas questões já foram definitivamente resolvidas e servirão de apoio para resolver outros problemas.

⁹¹- THOMAS SAMUEL KUHN, **A estrutura das revoluções científicas**. 7.^a ed., São Paulo: Perspectiva, 2003. Como observa JOSÉ EDUARDO FARIA, KUHN se refere às ciências ditas naturais. Um dos intelectuais responsáveis pela aproximação epistemológica entre as ciências naturais e sociais é o sociólogo português BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS.

⁹²- Outro exemplo, segundo JOSÉ EDUARDO FARIA, é o fenômeno da globalização estaria a trazer uma nova problemática que, mais do que desafiar a dogmática jurídica, faz com que a teoria jurídica se volte para questionar acerca dos seus próprios fundamentos epistemológicos: “*As dificuldades atualmente enfrentadas pela dogmática jurídica parecem configurar uma situação onde as várias alternativas a ela propostas, (a) ou retomam importantes controvérsias e posicionamentos de um passado que se julgava inteiramente superado, ou (b) propõem questões inéditas que somente podem ser enfrentadas por meio de análises a um só tempo sociológicas, políticas e econômicas – tão interdisciplinares que correm o sério risco de acabar perdendo a própria especificidade do direito. É isto que explica o ressurgimento do interesse, até há pouco quase inteiramente confinado ao campo de atuação dos especialistas em filosofia, pelas questões epistemológicas no universo jurídico e pelas discussões sobre a própria cientificidade do direito. Períodos históricos no esse, quando passa a ser trivial lamentar a ausência de regras e questionar o conteúdo, a forma, o alcance e a fronteira de catarse e de autocrítica. São, em outras palavras, momentos de revolução paradigmática*”. **O Direito na Economia Globalizada**, São Paulo: Malheiros, 2004, pp. 46-47.

⁹³- Segundo o autor, paradigmas são “*as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência*” **A estrutura das revoluções científicas**, op. cit. p. 13.

O conceito de *paradigma científico* de KUHN é muito caro ao pensamento de abordagem epistemológica porque permite tratar da coexistência e da produção dialética, no sentido hegeliano, das verdades científicas. O *paradigma*, em contraposição ao *dogma*, é visto, epistemologicamente, como contingente.

Por estarem associados aos procedimentos de validação da verdade científica, os paradigmas podem conter, sem qualquer contradição, teses concretamente opostas. Isso porque os paradigmas não se servem à indicação das respostas cientificamente corretas – eles não contêm respostas a serem deles deduzidas – mas limitam os tipos de problema que podem ser colocados cientificamente.⁹⁴

A epistemologia, nesse cenário, pode buscar compreender a produção de pensamentos científicos dentro de um metaparadigma, ou seja, dogmaticamente, ou fora de qualquer paradigma, nos termos que REALE colocaria, de modo conjectural ou, para BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, desdogmatizado.⁹⁵ Para os fins do presente estudo, a epistemologia será considerada como uma reflexão filosófica não-dogmática⁹⁶ sobre o conhecimento teórico, no caso, o conhecimento teórico do direito.

⁹⁴- Cfr. THOMAS S. KUHN, **A Estrutura das Revoluções Científicas**, op.cit. pp. 30-40. Ainda, segundo o autor: “Quando um cientista pode considerar um paradigma como certo, não tem necessidades, nos seus trabalhos mais importantes, de tentar construir seu campo de estudos começando pelos primeiros princípios e justificando o uso de cada conceito introduzido. Isso pode ser deixado ara os autores de manuais. Mas, dado o manual, o cientista criador pode começar suas pesquisas onde o manual a interrompe e desse modo concentrar-se exclusivamente nos aspectos mais sutis e esotéricos dos fenômenos naturais que preocupam o grupo”, idem, p. 40.

⁹⁵- Para um estudo aprofundado sobre a evolução do conceito de epistemologia e pela adoção de um conceito não dogmatizado da reflexão epistemológica, ver BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, **Introdução a uma Ciência Pós Moderna**, 4ª. Ed., Rio de Janeiro: Graal, 2003, pp. 17-30.

⁹⁶- Com arrimo nos ensinamentos de WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO sobre a filosofia – aqui aplicáveis – não parece razoável a hipótese de que uma reflexão sobre a dogmática deva, dogmaticamente, ser dogmática para ser científica, a não ser que essa dogmática implique a possibilidade de se questionar os próprios dogmas. Como explica o autor, com apoio em TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR, “pode-se indicar o caráter dogmático da filosofia como equivalente à natureza aporética, paradoxal, das questões que ela tipicamente coloca, enquanto questões reflexivas, circulares, que remetem a si mesmas, tal como ocorre com a questão sobre o que é a filosofia, a qual já pressupõe a própria filosofia, enquanto discurso sobre o que é o ser dos entes: a filosofia só pode ser praticada com base numa concepção do que seja fazer isso, filosofar, o que por sua vez é um fator determinante do conteúdo e resultado desse filosofar. Atribuir uma tal natureza à filosofia, dogmática, note-se bem, não é o mesmo que condená-la ao dogmatismo, o que só acontece quando há a recusa em discutir os dogmas, tornando-os imunes à crítica. Um passo importante para prevenirmo-nos do dogmatismo em filosofia seria justamente essa assunção do caráter dogmático da filosofia, ao invés de tentar mascará-lo, insinuando possuir uma resposta verdadeira e definitiva quando apenas se erigiu um dogma, uma tese, assertiva ou axioma”. **Para uma Filosofia da Filosofia in Conceitos de Filosofia**, Ceará: 2ª.ed, Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1999.

Nesses termos, falar em reflexão epistemológica, como propõe o presente estudo, já é colocar em cheque a possível estabilidade de um paradigma epistemológico dominante.⁹⁷

Em termos de ciência do direito, há vários âmbitos para a formação de paradigmas jurídico-científicos. Pode-se falar em paradigmas dentro da dogmática jurídica, ou seja, na suas diferentes sintaxes normativas, em paradigmas na teoria jurídica, ou seja, nas semânticas da teoria jurídica, e em paradigmas de epistemologia jurídica.

O paradigma jurídico-epistemológico se aloja em um âmbito mais elevado de abstração e diz respeito ao modo essencial de se conceber o direito – e não de operar no direito. Pode-se concebê-lo a partir da reflexão acerca da pergunta: o que é direito? A perspectiva jurídico-epistemológica não busca saber a resposta a essa pergunta, mas sim compreender como essa pergunta é juridicamente possível. De qual ponto de vista se pode perguntar, juridicamente, pelo conceito de direito?

Não se trata de uma filosofia acerca dos direitos possíveis, mas sim de uma reflexão sobre a forma como o direito existente se apresenta. Qual o direito que fundamenta o direito? Com que direito o direito é positivo ou natural? O direito deve ser interpretado como sistema de normas ou de proposições? Essas perguntas orientam o operador do direito diante de um caso concreto no qual precise estabelecer, epistemologicamente, as condições para parâmetros jurídicos de decidibilidade.

⁹⁷- A afirmação, da relação entre reflexão epistemológica e crise da ciência, é de PIAGET. Contudo, como observa BOAVENTURA DE SOUZA SANTOS, é preciso fazer uma diferenciação nessa afirmação: “*as crises de crescimento e as crises de degenerescência. As crises de crescimento, para usar uma expressão de Kuhn, têm lugar ao nível da matriz disciplinar de um dado ramo da ciência, isto é, revelam-se na insatisfação perante métodos ou conceitos básicos até então usados sem qualquer contestação na disciplina, insatisfação que, aliás, decorre da existência, ainda que por vezes apenas pressentida, de alternativas viáveis. Nos períodos de crise deste tipo, a reflexão epistemológica é a consciência teórica da pujança da disciplina em mutação e, por isso, é enviesada no sentido de afirmar e dramatizar a autonomia do conhecimento científico em relação às demais formas e práticas do conhecimento. É a este tipo de crises que se refere Piaget, e não é por acaso que ele diz crise entre aspas. As crises de degenerescência são crises do paradigma, crises que atravessam todas as disciplinas, ainda que de modo desigual, e que as atravessam a um nível mais profundo. Significam o pôr em causa a própria forma de inteligibilidade do real que um dado paradigma proporciona e não apenas os instrumentos metodológicos e conceituais que lhe dão acesso. Nestas crises, que são de ocorrência rara, a reflexão epistemológica é a consciência teórica da precariedade das construções assentes no paradigma em crise e, por isso, tende a ser enviesada no sentido de considera o conhecimento científico como uma prática de saber entre outras, e não necessariamente a melhor. Nestes termos a crítica epistemológica elaborada nos períodos de crise de degenerescência não pode deixar de ser também uma crítica da epistemologia elaborada nos períodos de crise de crescimento*”. **Introdução a uma Ciência Pós-moderna**. op. cit. pp. 17-18.

A Constituição Federal e o ordenamento jurídico de um modo geral não dizem, por exemplo, se o operador do direito deve recorrer à lógica deôntica ou à lógica concreta na interpretação de uma norma. O ordenamento não diz se o padrão de racionalidade jurídica deve ser formal-racional ou material-distributivo. O paradigma jurídico-epistemológico não tem como ser normativo porque precede o conceito de normatividade mas, ao mesmo tempo, se impõe como normativo no momento de uma decisão: uma sentença, lei ou contrato, cuja racionalidade seja lógico-formal ou material-distributiva têm, em princípio, a mesma força normativa.

Trata-se do paradoxo da auto-referência do direito. Só o direito pode dizer, juridicamente, o que é o direito. Para isso, o direito não pode ter um início. Seu início é o já estar iniciado. A sua identidade é construída por meio da auto-observação e da reflexão que a teoria jurídica exerce, vale dizer, pelo trato do paradoxo da auto-referência.

ROCHA fala em *matrizes jurídicas* para identificar marcos teóricos da epistemologia jurídica no tratamento do paradoxo da auto-referência. Na concepção do autor poderia se falar em uma *matriz analítica*, uma *matriz hermenêutica* e uma *matriz sistêmica*. Cada uma dessas matrizes dá um tratamento diferente ao paradoxo da auto-referência do direito.⁹⁸ São, assim, paradigmas jurídico-epistemológicos.

Grosso modo, para esse autor, a matriz analítica trata o paradoxo de forma tautológica: o fundamento de validade de uma norma é outra norma, que decorre de outra norma até uma origem normativa dada, como a norma fundamental de Kelsen (...⇒direito⇒direito). A matriz hermenêutica trata o paradoxo de forma paradoxal: é norma aquilo que é reconhecido como norma de modo não-normativo: socialmente, moralmente, economicamente, ou por um ideal de justiça ao qual o sistema é aberto por meio dos princípios (não-direito⇒direito). Por fim, a matriz sistêmica trata o paradoxo por meio de uma des-paradoxização, ou seja, é direito aquilo descreve a si mesmo como direito sem importar, de fora do direito, unidade de sentido (direito↔direito).⁹⁹

Adotando-se essa perspectiva e diminuindo o grau de abstração, pode-se perceber a formação de paradigmas jurídico-teóricos, ou seja, de semânticas do conceito de direito, por vezes divergentes, a partir de uma mesma matriz jurídico-epistemológica.

⁹⁸- LEONEL SEVERO ROCHA, *Três matrizes da teoria jurídica*, op. cit., pp. 18-19.

⁹⁹- Idem, *ibidem*.

Assim, no paradigma *epistemológico* da matriz analítica, pode-se mencionar como exemplos de paradigmas *teóricos* a Teoria Pura do Direito de KELSEN e o realismo escandinavo de ALF ROSS; na matriz hermenêutica, o modelo das regras HEBERT L. A.HART e o modelo dos princípios de RONALD DWORKIN; e, na matriz sistêmica, a teoria do direito autopoiético de LUHMANN e do direito racional-democrático de JÜRGEN HABERMAS.

Pode-se, é certo, pensar em outros critérios para demarcação de paradigmas jurídico-epistemológicos, que não o tratamento da auto-referência. No presente trabalho, serão adotadas, como marcos dos paradigmas epistemológicos, dentro dos quais se desenvolvem paradigmas *teóricos*, as matrizes jurídico-epistemológicas apontadas por ROCHA: analítica, hermenêutica e sistêmica.

Como se verá a seguir, parece correto afirmar que as teorias jurídicas acerca dos interesses difusos desenvolvem-se primordialmente a partir de uma matriz epistemológica (ou paradigma epistemológico) hermenêutica, ou seja, que reconhece o direito a partir de critérios não-normativos.

As teorias normativistas de matriz analítica (KELSEN, COSSIO, ROSS), por conta da sua rigidez conceitual e do seu formalismo lógico, parecem não só não ter dado conta de amparar teoricamente o surgimento dos interesses difusos como uma questão *jurídica*, como também, em alguns casos – em especial no processo civil tradicional – representam um obstáculo à incorporação de novas técnicas jurídicas necessárias ao trato dos conflitos desses novos interesses.

Por outro lado, as teorias de matriz hermenêutica, no que tange aos problemas dos interesses difusos, têm dificuldades com a manutenção da autonomia do sistema jurídico, sujeitando assim os conflitos de interesses a decisões judiciais tomadas a partir de critérios políticos.

Pretende-se assim uma reflexão epistemológica e teórica acerca da conflituosidade dos interesses difusos e da jurisdicionalização da política a partir de como esses fenômenos se apresentam na doutrina, para buscar compreender e elucidar pontos cegos nessas abordagens, ou seja, aquilo que a doutrina predominante não vê, bem como a razão pela qual ela não tem condições de ver aquilo que não vê.

II.3. – PARADIGMA DO DIREITO SOCIAL E OS INTERESSES DIFUSOS

Tendo em vista a dupla referenciabilidade paradigmática da ciência do direito vista no item anterior – epistemológica e teórica – pode-se apontar como apoios paradigmáticos das diferentes semânticas dos interesses difusos, no âmbito epistemológico a matriz hermenêutica (segundo os marcos de SEVERO ROCHA) e, no âmbito teórico, o paradigma chamado por JOSÉ EDUARDO FARIA de *Paradigma do Direito Social*.¹⁰⁰

No paradigma do Direito Social, observado a partir da matriz epistemológica hermenêutica, a fundação da juridicidade do direito apóia-se na pressuposição de que a sociedade contemporânea está em uma crise multifacetada (política, econômica, jurídica, ecológica, social, etc.) e o Direito se legitima na medida em que possa oferecer respostas eficazes para essas crises.¹⁰¹

No sistema político, a crise se traduz em um problema de representatividade, que tem suas causas associadas à corrupção, à falta de compromisso dos representantes com interesses do eleitorado e lobbies de grupos econômicos ou ao totalitarismo. No sistema econômico a crise se apresenta como recessão, inflação e desemprego. No sistema científico, a crise se faz sentir na falseabilidade das certezas e na iminência de desastres ecológicos. No sistema educacional a crise se apresenta ora como um problema de exclusão (acesso ao sistema educacional), ora como um problema de desigualdade (acesso dentro do sistema educacional a boas escolas). Trata-se, enfim, de uma crise generalizada de legitimidade das instituições que desestabiliza a organização estatal.

¹⁰⁰ - Para o autor, a teoria do direito se encontra em uma crise de paradigmas, não havendo nenhum modelo teórico que esteja estabilizado como paradigmático. Assim, o Direito Social seria um modelo jurídico pré-paradigmático, ou seja, de um modelo de paradigma disponível e que, em concorrência com outros modelos, se apresenta como um possível novo paradigma, **O Direito na Economia Globalizada**, op. cit.

¹⁰¹ - JOSÉ EDUARDO FARIA esclarece que “*essa idéia de crise encerra uma concepção bastante específica da sociedade, encarada como um sistema formado por diferentes instituições, cada uma delas com lógicas e racionalidades próprias. No limite, o equilíbrio social seria possível graças a uma articulação funcional dessas instituições, sejam elas familiares, educacionais, culturais, religiosas, econômicas, políticas, etc. Nesse sentido, o modo pelo qual a sociedade é pensada ou concebida resulta na maneira pela qual se admite a racionalidade de suas formas de organização institucional. A idéia de crise aparece quando as racionalidades parciais já não mais se articulam umas com as outras, gerando assim graves distorções ou disfunções estruturais para a consecução do equilíbrio social. Cada instituição aparece como independente em relação às demais, de modo que a crise representaria a sociedade como eivada de incoerências e invadida por contradições. Assim considerada, essa idéia de crise configura um conceito analítico que serve para opor uma ordem ideal a uma desordem real, na qual a ordem jurídica é contrariada por acontecimentos para os quais ela não consegue oferecer soluções ou respostas técnicas e funcionalmente eficazes*”. **O Direito na Economia Globalizada**, op. cit. pp. 40-41.

Para FARIA, no caso brasileiro se pode observar três grandes crises estruturais: no plano sócio-econômico, crise de hegemonia dos setores dominantes; no plano político, crise de legitimação do regime representativo; e, no plano jurídico-institucional, crise da matriz organizacional do Estado “*que parece ter atingido o limite de sua flexibilidade na imposição de um modelo simultaneamente centralizador e corporativo, cooptador e concessivo, intervencionista e atomizador, quer dos conflitos sociais, quer das próprias contradições econômicas*”.¹⁰²

O problema da falta de acesso à justiça, ou dos obstáculos de acesso à justiça, se apresenta também como um dos resultados da crise generalizada no plano jurídico-institucional, e da aprofundada e generalizada crise decorrente da globalização, massificação e da sociedade de risco contemporânea.¹⁰³

¹⁰²- Cfr. JOSÉ EDUARDO FARIA, **O Judiciário e o Desenvolvimento Sócio-Econômico in Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**, JOSÉ EDUARDO FARIA (Org.). São Paulo: Malheiros, 2005, p.12. Ainda, segundo o autor, o contexto de crise na realidade sócio-econômica brasileira remonta ao período pós-revolucionário de 64 e à transição para a democracia: “*a crise de hegemonia traduz a perda da capacidade de direção política e ideológica por parte dos grupos dominantes ou prevaletentes num dado sistema social; essa crise ocorre quando não há grupos capazes de, partindo de seus valores específicos, forjar a unidade social ou obter uma convergência ideológico-cultural geradora de consenso. A crise de legitimidade, por sua vez, eclode quando essa condição social passa a não ser mais aceita de modo consensual pelos diferentes segmentos sociais. E a crise da matriz organizacional do Estado surge quando essa dada condição social, ao perder sua estabilidade, sobrecarrega e compromete as instituições jurídico-administrativas e político-econômicas que até então propiciavam e alimentavam sua capacidade de auto-reprodução*”. Idem, p.12-13.

¹⁰³- Após profundas reflexões acerca da globalização, pondera FARIA que “*O que realmente importa é verificar como todas elas, convergindo para problemas concretos de segurança, acelerando o exaurimento das técnicas jurídicas de controle social propiciadas pelo “arsenal preventivo clássico do direito positivo” e alimentando contínuas demandas em favor de políticas públicas de inclusão, convertem a sociedade contemporânea numa sociedade de risco (...)* Ao contrário da sociedade industrial de natureza fordista, em cujo âmbito os conflitos giravam basicamente em torno da repartição dos bens sociais, como distribuição de renda, salários e condições de trabalho na sociedade em análise eles são travados a partir dos esforços de neutralização e das estratégias de dispersão dos riscos nas mais variadas áreas da vida sócio-econômica contemporânea: da poluição do meio ambiente provocada pela expansão da tecnologia no setor químico e no âmbito da energia atômica às pesquisas genéticas, às dinâmicas especulativas nos mercados financeiros, às súbitas migrações de capitais, às mudanças repentinas de regimes no sistema de crédito, à volatilidade das taxas de juros, à instabilidade dos mercados e aos efeitos colaterais por todo o sistema de pagamentos gerados pela crise de liquidez de uma ou mais instituições bancárias, passando pelo caráter excludente da globalização, em matéria de expansão do desemprego estrutural e da marginalidade, miserabilidade e violência subsequentes, minando as formas de sociabilidade e multiplicando a insegurança exógena nos centros urbanos”. **O Direito na Economia Globalizada**, op. cit. pp. 255-257. A idéia de Sociedade de Risco vem dos trabalhos sociológicos de ULRICH BECK, extremamente influente na teoria jurídica dos interesses metaindividuais. Segundo esse autor, citado por FARIA, a sociedade de risco traduz “*uma fase da evolução da sociedade moderna na qual os riscos sociais, políticos, ecológicos e individuais, criados pela dinâmica do crescimento, fogem mais e mais a cada instante do controle da sociedade industrial*” in **Dûne théorie critique de la société vers la théorie d’une autocritique sociale in Déviance et Société**, Paris, v. 18, n. 3, 1994, pp. 333-334, apud JOSÉ EDUARDO FARIA, op. cit. p. 256.

A sociedade de risco, como uma das conseqüências da globalização teria, assim, no âmbito jurídico-institucional, recolocado o Estado-nação, nos termos de FARIA, de volta à “agenda político-jurídica”. Vale dizer, em um direito que busca o fundamento da juridicidade na possibilidade de oferecer respostas eficazes à crise social decorrente do processo de globalização, reassume vital importância a discussão do papel e das finalidades do Estado, como aquele imbuído de realizar o direito e a justiça social.¹⁰⁴

Esse ressurgimento do Estado-nação na agenda político-jurídica decorre justamente dessa “*necessidade de um conjunto de direitos e instituições jurídicas voltados à integração e coesão, para neutralizar, controlar e/ou minimizar os riscos anômicos decorrentes do caráter darwinista da diferenciação social e funcional exponenciada pelo fenômeno da globalização*”.¹⁰⁵

Nesse cenário, a redefinição do papel do Estado passa também por uma redefinição dos instrumentos à sua disposição, em especial o direito, que passa a ser pensado como um instrumento de direção e promoção social, à disposição do Estado-nação para corrigir desigualdades e propiciar padrões mínimos de equilíbrio sócio-econômico. Em compasso com a matriz epistemológica hermenêutica, afirma FARIA que “*Nesta linha de raciocínio, as normas jurídicas só podem ser aplicadas de modo legítimo e eficaz quando conectadas hermeneuticamente com a realidade social e econômica, integrando-a como parte necessária do sistema legal*”.¹⁰⁶

¹⁰⁴- Como bem explica FARIA “*Após ter tido sua autoridade, sua titularidade de iniciativa legislativa e seu poder de intervenção tão questionados e desafiados nos anos 80, quando passou a apresentar déficits de governabilidade, a enfrentar o processo de hiperjuridificação e a viver seu trilema regulatório, ele agora ressurgiu invocado como fonte de ordem, disciplina, prevenção e segurança, numa perspectiva; e de justiça social, em outra. O mesmo Estado que, na dinâmica da globalização foi compelido a adotar os controles indiretos do direito reflexivo sob a forma de programas normativos relacionais, hoje é induzido a ampliar seus controles diretos em matéria penal, a incorporar no âmbito de suas políticas criminais os problemas e situações que não consegue administrar na esfera política (...) é ainda obrigado a legislar tanto para conflitos novos, aparentemente insolúveis por não serem passíveis de controle local ou temporal, quanto para problemas há tempos já conhecidos, mas que mudaram de escala*”. **O Direito na Economia Globalizada**, op. cit. pp. 257-259.

¹⁰⁵- Idem, p. 268.

¹⁰⁶- Na visão de FARIA, a função do direito e o papel do Judiciário devem ser pensados a partir do padrão atual da racionalidade legal, ou seja, com grande quantidade de cláusulas indeterminadas e aumento da discricionariedade e criatividade judiciais, o que reconduz o momento da positividade – decidibilidade – do direito para a decisão judicial: “*Na literatura jurídica, esse debate vem sendo travado em torno de duas concepções distintas: a que vê o direito como uma simples técnica de controle e organização social (o que implica um conhecimento jurídico meramente informativo e despolitizado a partir de um sistema legal tido como completo, lógico e formalmente coerente), e a que o concebe como um instrumento de direção e promoção social, encarando-o numa perspectiva histórica e valorizando-o antes como um método para a correção de desigualdades e consecução de padrões mínimos de equilíbrio sócio-econômico do que com uma técnica para a consecução de certeza e segurança (o que pressupõe um*

Nessa redefinição dos escopos estatais, segundo FARIA, o Judiciário – e os operadores do direito – ficam na retaguarda, não conseguindo acompanhar as novas formas de conflituosidade social que surgem.¹⁰⁷ Assim, repensar a juridicidade implica repensar a aplicação das normas jurídicas. Por isso, é um ponto essencial no paradigma do Direito Social a semântica da função social do Judiciário, que está diretamente associada à temática do acesso à justiça e dos conflitos de interesses difusos, ou seja, das relações entre jurisdição e jurisdicionados, o que implica também uma revisão dos meios à disposição dos jurisdicionados de acesso aos Tribunais como meio de redução das tensões sociais.¹⁰⁸

Diante desse quadro, ou seja, novos atores sociais (coletividades), novas estruturas normativas (normas mais abertas e principiológicas) e uma nova concepção da atuação do juiz (ativismo judicial), o Poder Judiciário se submete a uma transformação, resultante das demandas sociais por um acesso aos tribunais.

conhecimento jurídico multidisciplinar a partir de uma interrogação sobre a dimensão política, sobre as implicações sócio-econômicas e sobre a natureza ideológica da ordem legal). (...) “No segundo caso, o sistema jurídico e o conhecimento técnico necessário à sua operação são encarados como um conjunto de diferentes manifestações parciais de uma experiência vivida e, como tal, incorporada à própria percepção da realidade sócio-econômica por parte por parte dos advogados, promotores, magistrados e juristas. Na medida em que o uso do direito como instrumento de direção e promoção social tem por objetivo a consecução de um equilíbrio material entre os diferentes setores, grupos e classes sociais, a idéia de justiça inerente ao sistema legal acaba sendo pensada como princípio de balanceamento de interesses irredutíveis a uma medida universal e geral. Esta é a razão pela qual esse sistema destaca-se por suas normas com propósitos compensatórios, redistributivos e protetores, rompendo com o princípio da igualdade formal de todos os sujeitos de direito no âmbito de um mesmo ordenamento jurídico. É por esse motivo que a lei já não é mais tratada como sinônimo de direito, ou seja, como se este se reduzisse somente a um texto legal, passando a ser concebida apenas como uma peça – importante, é certo, mas ao lado de outras – do processo de realização das instituições jurídicas”. **O Judiciário e o Desenvolvimento Sócio-Econômico**, op. cit. pp. 20-23.

¹⁰⁷- Como explica FARIA: “Tal processo de ajuste, por um lado, levou à diversificação interna das formas jurídicas e das estruturas institucionais em que elas operam, entreabrindo o caráter assimétrico, heterogêneo e fragmentário dos padrões de controle e direção inerentes ao funcionamento da sociedade brasileira; e, por outro, colocou o Judiciário perante um dilema: ao aplicar normas abstratas e gerais aos casos concretos, os juízes não podem contrariar o espírito e o sentido de um sistema legal crescentemente ineficaz – o que limita seu papel arbitral num contexto contraditório e explosivo; todavia, por carecerem de liberdade criativa e de flexibilidade interpretativa, também não dispõem de condições institucionais para modernizar códigos esclerosados, motivo pelo qual muitas vezes vêem descumpridas suas sentenças – o que alimenta a imagem de uma certa anomia jurídica perante expressivas parcelas da população”. **O Judiciário e o Desenvolvimento Sócio-Econômico**, op. cit., pp. 17-18.

¹⁰⁸- Segundo CELSO FERNANDES CAMPILONGO, essas relações podem ser pensadas como mediadas por três elementos: (a) atores sociais; (b) estruturas normativas; e (c) resultados do desempenho institucional. Na sociedade de risco observa-se o surgimento de (a) novos atores; (b) a mutabilidade das estruturas e (c) ambigüidades quanto aos fins da atuação jurisdicional. “num quadro de expansão dos usuários dos serviços jurídicos (novos atores), hipertrofia normativa (inclusive quanto às fontes do direito) e incremento quantitativo e qualitativo das funções do Judiciário, é natural que os paradigmas mais convencionais de enquadramento teórico da atuação judicial estejam em crise”. **Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico**, in **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**, op. cit. p. 31.

Essa mudança e as novas demandas que se colocam perante o Judiciário conduzem também a uma necessária reformulação da racionalidade da atuação dos juízes e dos operadores do direito. Passa-se então a exigir do Judiciário, enquanto órgão do Estado – cujo papel foi redefinido – que corresponda às expectativas dos jurisdicionados, que seja acessível e eficiente, expectativa que demanda novos modelos de atuação jurisdicional para os quais a racionalidade tradicional de atuação judicial não tem resposta adequada.¹⁰⁹

Percebe-se assim que as preocupações com o acesso à justiça decorrem das próprias preocupações com a função do Estado em uma sociedade que se descreve como uma sociedade em crise. Essas preocupações passam tanto pelas estruturas materiais dos tribunais como pela legislação processual e pela própria forma de pensar dos juízes que deve ser mais criativa e pró-ativa para dar conta de utilizar com eficiência o novo arsenal conceitual que a legislação e teoria jurídica buscam proporcionar.¹¹⁰

¹⁰⁹- Segundo JOSÉ EDUARDO FARIA, nos anos 90, o Judiciário, consciente dos problemas da racionalidade lógico-formal trabalhados nos anos 80, ganha visibilidade, também por conta das inovações legislativas e do tipo de demanda que lhes é submetida: “*Obrigados agora a combinar os tradicionais critérios técnico-formais com outros de caráter axiológico, o que os leva a ter de substituir gradativamente suas pautas hermenêuticas normativamente estritas por pautas bem mais flexíveis, baseadas em critérios de racionalidade material, os magistrados já não conseguem ver assegurado automaticamente o cumprimento de todas suas decisões. Para que sejam plenamente eficazes, muitas de suas sentenças, e, por conseguinte, as próprias normas e leis em que se fundamentam, passam a depender tanto do empenho quanto da eficiência com que o Executivo cumpre suas obrigações, em matéria de políticas públicas. E, na medida em que esse poder, em suas instâncias municipais, estaduais, federais, revela-se incapaz de formulá-las e implementá-las, ou, então, as executa com propósitos meramente eleitoreiros, populistas e demagógicos, o Judiciário acaba sendo reduzido a uma posição secundária – como se fosse um instituição subordinada, e não soberana, autônoma e independente. Não são poucos os casos em que a Justiça, nas suas diferentes instâncias, se mostra impotente diante de normas e leis que, apesar de inovadoras em seus objetivos e modernas em suas concepções, não conseguem ser plenamente concretizadas por causa da omissão de um outro poder igualmente autônomo, soberano e independente (...) alguns setores do Judiciário se sentem tolhidos a aplicação das novas leis sociais que exigem um desempenho político-administrativo de outro poder, constata-se aí um conflito de discricionariedades entre dois poderes soberanos – um conflito inédito que exige um redimensionamento do equilíbrio da divisão dos poderes, tal como nos foi legada pelo constitucionalismo moderno (...) em suma, não há como se fugir de um dilema: se quiser manter sua relevância institucional num contexto social cada vez mais complexo, diversificado, contraditório e fragmentário, o Judiciário tem, obrigatoriamente, de modificar suas funções jurisdicionais tradicionais, que o restringem somente à subsunção dos fatos às normas de conduta unívocas por meio de métodos exclusivamente formais e caráter lógico, sistemático e dedutivo. O desafio que aqui se coloca para a instituição é o de se elevar o nível do Executivo com funções ampliadas, forjado pelo Estado-Providência, para desenvolver em torno dele sistemas de controle mais adequados, isto é, capazes de conter, direcionar e condicionar suas ações promocionais”.* **As Transformações do Judiciário em face de suas Responsabilidades Sociais in Direitos Humanos, Direitos sociais e Justiça**, op. Cit. p. 63-65.

¹¹⁰- Estudo significativo dessa questão a partir da comparação das famílias jurídicas do common law e do civil law está na clássica obra de MAURO CAPPELLETTI **Juízes Legisladores?**, op. Cit. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.

Trata-se de uma verdadeira redefinição do papel do Judiciário no Estado-providência, que substitui o Estado liberal na passagem da sociedade industrial para a sociedade de risco,¹¹¹ o que inclui repensar e redefinir as estruturas legais-burocráticas dos órgãos jurisdicionais para que, também no âmbito jurisdicional, o Estado preste serviços adequados, como concluíam os famosos estudos de MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH, sobre acesso à justiça (*Florence Project*).¹¹²

O Direito Social decorre desse contexto histórico-social e se encaixa com perfeição nas suas semânticas, buscando sua legitimação na sua capacidade de gerenciar e neutralizar os riscos e tensões desagregadoras decorrentes dos problemas de exclusão sócio-econômica.

¹¹¹- Como analisa BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS “*As lutas sociais a que fiz referência aceleraram a transformação do Estado liberal no Estado-assistencial ou no Estado-providência, um Estado ativamente envolvido na gestão dos conflitos e concertações entre classes e grupos sociais, e apostado na minimização possível das desigualdades sociais no âmbito do modo de produção capitalista dominante nas relações econômicas. A consolidação do Estado-providência significou a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance (...) De tudo isto resultou uma explosão de litigiosidade à qual a administração da justiça dificilmente poderia dar resposta. Acresce que esta explosão veio a agravar-se no início da década de 70, ou seja, num período em que a expansão econômica terminava e se iniciava uma recessão que se prolonga até hoje e que, pela sua pertinácia, assume um caráter estrutural. Daí resultou a redução progressiva dos recursos financeiros do Estado e a sua crescente incapacidade para dar cumprimento aos compromissos assistenciais e providenciais assumidos para com as classes populares na década anterior (...) Hoje, pode mesmo dizer-se que este movimento transborda dos interesses jurídicos das classes mais baixas e estende-se já aos interesses jurídicos das classes médias sobretudo aos chamados interesses difusos, interesses protagonizados por grupos sociais pouco organizados e protegidos por direitos sociais emergentes cuja titularidade individual é problemática. Os direitos das crianças contra a violência nos programas de televisão e os brinquedos agressivos ou perigosos, os direitos da mulher contra a discriminação sexual no emprego e na comunicação social, os direitos dos consumidores contra a produção de bens de consumo perigosos ou defeituosos, os direitos dos cidadãos em geral contra a poluição do meio ambiente. A defesa pública destes direitos deu origem à instituição da chamada advocacia de interesse público subsidiada pelas comunidades, por fundações e pelo Estado. Deu também origem a algumas reformas no processo civil nomeadamente o alargamento do conceito de legitimidade processual e de interesse de agir*”. **Introdução à Sociologia da Administração da Justiça in Direito e Justiça – a função social do Poder Judiciário** (org. JOSÉ EDUARDO FARIA). São Paulo: Ed. Ática, 1989, pp. 43-44 e 50-51.

¹¹²- Trata-se de uma série de estudos financiado pela FORD FOUNDATION em 1978, acerca de mecanismos de acesso ao Judiciário vários países. O Brasil não participou do projeto, sendo que uma versão resumida daqueles trabalhos foi publicada dez anos depois na conhecida obra. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. Segundo os autores “*Os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses. Refletindo sobre essa situação, é de se esperar que os indivíduos tenham maiores problemas para afirmar seus direitos quando a reivindicação deles envolva ações judiciais por danos relativamente pequenos, contra grandes organizações*”, Idem, p. 28.

Nessa tarefa, o sistema jurídico e o Poder Judiciário assumem primordial importância e passam ter acesso a um instrumental hermenêutico que abre caminho para a instrumentalização dos conflitos de interesses metaindividuais, como meio da pacificação social nesse novo contexto.¹¹³

Resumindo suas características, no paradigma do Direito Social, o direito assume uma função eminentemente de mudança e integração social; os conflitos jurídicos são predominantemente coletivos; a efetividade das normas depende do engajamento do Poder Público na realização de políticas públicas; o sistema jurídico é interpretado como aberto e sensível às contínuas pressões do meio social; a justiça é concebida como material, compensatória, distributiva e niveladora de condições sociais; a diretriz hermenêutica é a de socialização do julgamento e de normalidade social como referência interpretativa; os provimentos jurisdicionais são amplos e incidem sobre grupos, classes ou toda a coletividade.¹¹⁴

Enquanto paradigma teórico construído sobre os alicerces do paradigma jurídico-epistemológico de matriz hermenêutica, o paradigma do Direito Social acaba por servir de apoio para construções jurídicas mais concretas no âmbito do direito constitucional, direito processual, direito administrativo, e mesmo da sociologia jurídica, já que a sua natureza epistemológica é impregnada da referência extra-jurídica, ou seja, os fundamentos da normatividade, nesse paradigma epistemológico, são não-normativos.

¹¹³- Assim, afirma JOSÉ EDUARDO FARIA sobre o Direito Social que “o direito em questão, para instrumentalizar as atribuições do Estado-nação com vistas à neutralização, minimização ou dispersão dos riscos potencialmente desagregadores gerados pela marginalidade econômica e pela exclusão social decorrentes do fenômeno da globalização, não muda apenas os conteúdos normativos desse sistema. Muda, também e principalmente, toda sua estrutura e seus procedimentos. Acima de tudo, muda suas estratégias hermenêuticas, passando a encarar a questão da justiça não em termos de princípios últimos ou valor-fonte, porém em termos mais pragmáticos e eminentemente sociológicos. A principal justificativa desse direito social parte da premissa de que, se por um lado atualmente é impossível negar a existência dos conflitos coletivos inéditos decorrentes da exclusão social gerada pela transnacionalização da economia, por outro seria possível desenvolver determinados mecanismos jurídico-institucionais para tentar amortecer ou desarmar essa explosividade...”, **O Direito na Economia Globalizada**, op. cit. p. 269. E mais adiante, conclui FARIA “Só uma intrincada combinação entre ação estratégica, racionalidade instrumental, procedimentos negociais e normas imperativas, afirmam os teóricos do modelo do direito social, permitiria neutralizar a explosão anômica de litigiosidade, reduzir as distâncias provocadas pela profunda divisão social entre incluídos e excluídos, assegurar um equilíbrio substantivo e, por fim, criar as condições tanto para a consecução de uma base mínima de solidariedade e cooperação quanto para a redefinição dos padrões vigentes de responsabilidade, controle, segurança e validade”, Idem, p. 271.

¹¹⁴- Idem, p. 279.

A doutrina dos interesses difusos, nos seus diferentes âmbitos, gravita nesse duplo eixo paradigmático: epistemologicamente no marco hermenêutico (legitimação da juridicidade por referências extra-jurídicas) e teoricamente no paradigma do Direito Social (que constrói aquelas referências a partir da capacidade do direito responder com efetividade às crises da sociedade).

Pretende-se demonstrar que as construções teóricas acerca da tutela jurídica de interesses difusos – apoiadas no paradigma do Direito Social, no marco epistemológico da matriz hermenêutica – redundam em pretensões de juridicidade, ou seja, uma pretensão de eficácia do próprio direito (direito ao direito), e que isso faz escoar sobre o sistema jurídico expectativas criadas politicamente pelo Estado de Bem-Estar na forma de conflitos de interesses.

Pretende-se também demonstrar que os artefatos das diferentes semânticas (discurso sobre) das teorias dos interesses difusos, em especial na teoria constitucional, com as semânticas da proporcionalidade (seja como princípio, regra ou preceito), não colaboram para a redução da alta conflituosidade desses interesses e que isso faz com que a decisão judicial seja orientada por critérios conseqüencialistas, ou seja, de conveniência e oportunidade. Essa situação se traduz no que comumente é referido como jurisdicionalização da política e politização do judiciário.

Como se demonstrará, na medida em que a dogmática confere aos interesses difusos o mesmo tratamento de direitos públicos subjetivos, a não concretização de uma sociedade mais justa e solidária – em todos os seus aspectos – é vista como um problema de conflito de interesses juridicamente tutelado entre a sociedade e a própria sociedade (o que está no cerne da noção de *massima conflittulità* dos interesses difusos), ao qual o sistema jurídico se descreve como obrigado a dar uma resposta adequada, ou seja, escolher entre grupos de interesses na sociedade.

A despeito da proliferação da legislação protetiva de novos interesses difusos, acompanhada de harmônica jurisprudência e doutrina, em termos de fundamentos conceituais, a teoria dos interesses difusos, que vem coroar a evolução da teoria dos próprios direitos subjetivos e mais recentemente dos direitos fundamentais, apresenta sinais de seu esgotamento acumulado ao longo dos últimos três séculos.

Ao passo em que a teoria dos direitos subjetivos individuais, por conta do forte apoio no conceito de indivíduo construído pela filosofia iluminista, conseguiu estabilizar-se como uma aquisição evolutiva, ou seja, como uma estrutura social resistente a mudanças e irritações do ambiente,¹¹⁵ que fundamenta até hoje a imposição ao Estado e à própria sociedade de espaços individuais de liberdades, a teoria dos interesses difusos tem como referência fundamentante não o indivíduo – a não ser de maneira remota, socialmente ou solidariamente – mas os programas políticos do Estado de Bem-Estar. Essa referência, impõe uma abertura do sistema jurídico ao sistema político, transpondo expectativas deste para aquele e obstando a autonomia do sistema jurídico.

¹¹⁵ - Sobre o conceito de aquisição evolutiva trata-se da transposição feita por LUHMANN de um conceito da teoria biológica da evolução para a teoria dos sistemas sociais e que se presta a explicar como determinadas inovações nas estruturas dos sistemas sociais, altamente improváveis do ponto de vista do momento anterior, se tornam possíveis e, posteriormente, indispensáveis para novas modificações. Por exemplo, a escrita, a moeda, o contrato, a propriedade desvinculada da posse, as modernas Constituições e, enfim, a idéia de um direito fundado na subjetividade do indivíduo (direito subjetivo) são aquisições evolutivas que, apesar de altamente improváveis, uma vez consolidadas resistem a variações evolutivas posteriores e possibilitam novas formas de complexidade antes impensáveis. Para o conceito de aquisição evolutiva na teoria luhmaniana da sociedade v. NIKLAS LUHMANN, **La Sociedad de la Sociedad**, Trad. Javier Torres Nafarrate, México: Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 399-408. Sobre aquisições evolutivas no sistema jurídico e na teoria jurídica v. NIKLAS LUHMANN, **El Derecho de la Sociedad**, op. cit. pp.301-359, **Sociologia do Direito**, vol I, op. cit. pp. 170 e ss. **Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica**. op.cit., Sobre direitos subjetivos como aquisição evolutiva ver **Diritti Soggettivi. Mutamenti della Consocienza Giuridica per la Società Moderna in Sociologia e politiche sociali**, a. 4, n. 1, 2001, pp. 10-59. **A Constituição como Aquisição Evolutiva**, Trad. Livre de Menelick de Carvalho Netto para o curso de pós-graduação da UFMG (La Costituzione come acquisizione evolutiva in GUSTAVO ZAGREBELSKY (coord) et. al. Il Futuro della Costituzione, Torino: Einaud, 1996).

III. – INTERESSES DIFUSOS NA TEORIA JURÍDICA: CONFLITUOSIDADE E JURISDICIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA.

As teorias dos interesses difusos se inserem no paradigma do Direito Social, por isso suas formulações tendem a buscar respostas tecnicamente eficientes para a crise social generalizada. Esse paradigma, por sua vez, é construído sobre o marco epistemológico hermenêutico, segundo o qual a referência para reconhecimento da juridicidade é projetada para fora do sistema jurídico, no caso, dada pela recepção da eficácia social – para resolver crises – da norma posta (por lei, decisão judicial, contratos, etc.).

Como se demonstrará, seja na semântica do acesso à justiça e do dirigismo constitucional (âmbitos teórico-reflexivos da teoria dos interesses difusos), dos direitos fundamentais de terceira geração (âmbito dogmático-constitucional) ou da instrumentalidade e efetividade do processo coletivo (âmbito teórico-dogmático processual), os artefatos resultantes tanto da teoria como da dogmática são fórmulas voltadas à universalização e instrumentalização da jurisdição, ou seja, de potencialização e expansão do sistema jurídico sobre os demais âmbitos da vida.

Essas fórmulas tendem a ampliar o sistema jurídico sobre outros sistemas, vale dizer, seu principal objetivo é possibilitar a solução jurisdicional de todo e qualquer conflito na sociedade e, no Estado de Bem Estar, garantir a realização – por meio da Jurisdição – dos programas políticos de bem-estar do Estado.

É o caso, por exemplo, da equiparação funcional apontada por KAZUO WATANABE entre interesses e direitos, levada a cabo pelo Código de Defesa do Consumidor e o uso da fórmula “*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*” no artigo 1º, IV da lei n. 7.347/85 para designar o objeto material da ação civil pública.¹¹⁶ É também a idéia presente na conhecida afirmação de NORBERTO BOBBIO sobre os direitos humanos de que o problema fundamental “*não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los*”.¹¹⁷

¹¹⁶- Como bem nota KAZUO WATANABE, o Código de Defesa do Consumidor não fez qualquer distinção entre direitos e interesses metaindividuais. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**, 6ª. ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 718. É de se notar que isso implica elevar todo e qualquer interesse metaindividual à categoria de direito subjetivo, demandável juridicamente. Em compasso com essa técnica, o Código de Defesa do Consumidor acresceu ao artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, o inciso IV, tornando objeto dessa ação, portanto com qualidade de direito subjetivo, “*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”.

¹¹⁷- NORBERTO BOBBIO, **A Era dos Direitos**, nova edição, trad. Carlos Nelson de Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 43. E complementa “*trata-se de um problema não filosófico, mas político*”.

Trata-se de uma ideologia da técnica jurídica análoga àquela que JHERING opõe à Jurisprudência dos Conceitos,¹¹⁸ ou seja, que flexibiliza conceitos e a estática das “*naturezas jurídicas*” para que o sistema normativo, embora perca em rigidez lógica, possa dar conta de solucionar concretamente os conflitos de interesses. Assim, nada mais natural que essa metodologia afaste a distinção entre direito e interesse como forma de abrir os caminhos do sistema jurídico para a solução dos conflitos metaindividualizados.

É também de se notar que, não obstante o Código de Defesa do Consumidor tenha demarcado as diferenças recíprocas entre os interesses metaindividuais, profundamente trabalhadas pela dogmática processualista,¹¹⁹ essas diferenças são pouco utilizadas nas decisões judiciais para denegar pretensões. Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos acabam por receber tratamento similar na prática dos Tribunais brasileiros embora a dogmática delimite com precisão a diferença entre eles.

A flexibilização conceitual que, na prática dos Tribunais, universaliza a instrumentalização de pretensões de interesses difusos faz com que esses interesses se apresentem simplesmente como um direito de inclusão/acesso no sistema jurídico, que é o que submete o sistema, pela falta de seletividade (quais são os interesses legitimamente protegidos) prévia desses interesses, à obrigação de decidir com critérios não jurídicos.

¹¹⁸- Nesse sentido, observa WILLIS SANTIAGO GUERRA que “*Em relação à chamada Jurisprudência dos Interesses, preconizada em princípio do século por P. HECK, é consenso entre os estudiosos ter sido ela propiciada pela virada metodológica, empreendida por JHERING na fase tardia de seu labor científico, o que era reconhecido pelo próprio HECK. Com isso, dá-se uma fundamental mudança de enfoque, em teoria do direito, no sentido de se visualizar os problemas, a que as normas jurídicas se destinam resolver, o que deve suscitar uma preocupação maior com a solução desses problemas, advinda da aplicação das normas, do que, por exemplo, com a manutenção dogmática de uma delas no sistema normativo. Já mais próximo de nós, no segundo pós-guerra, a retomada da forma tópica, problematizante, de pensamento na ciência do direito, propugnada por T. VIEHWEG, representou um vigoroso impulso, no sentido de reforçar a absoluta necessidade de uma tal postura, para que a dogmática jurídica possa cumprir a sua função social (...) JHERING introduz o método teleológico de interpretação, pelo qual se há de buscar, para além da intelecção gramatical, filológica, histórica e sistemática, a finalidade social, os interesses, individuais, coletivos e públicos, que são beneficiados ou prejudicados, com determinada interpretação, em busca do estabelecimento de um equilíbrio entre esses diversos interesses, para que sejam atendidos na justa proporção, requerida pela idéia de igualdade. É essa idéia de proporcionalidade, de sopesamento entre bens jurídicos conflitantes, que será projetada no centro da metódica interpretativa, na Jurisprudência dos Interesses...*” **Introdução à Filosofia e à Epistemologia Jurídica**, op. Cit., p. 148-149.

¹¹⁹- Para uma análise profunda desses esforços da dogmática e oferecimento de sólida opção conceitual, em tese aprovada por unanimidade no 12º Congresso do Ministério Público, ver CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, **Direitos e Interesses Individuais Homogêneos: a ‘origem comum’ e a complexidade da causa de pedir. Implicações na Legitimidade *ad causam* ativa e no Interesse Processual do Ministério Público in Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006, p. 1-23.

Essa falta de seletividade, como se verá posteriormente, decorre da alta conflituosidade interna desses interesses. Essa conflituosidade acaba por conduzir a dogmática – teoria voltada para a decidibilidade – à mera metodologia decisória, ou seja, técnicas para colisão (razoabilidade, proporcionalidade, ponderação de interesses, mandamentos de otimização, etc.), e não parâmetros substanciais para a tomada de decisão.

No presente capítulo se buscará apresentar os diferentes enfoques por meio dos quais a teoria jurídica vem construindo as semânticas dos interesses difusos como uma estrutura do sistema jurídico ainda não plenamente estabilizada e que se apresenta hoje como pretensão de acesso ao direito.

Dentro do duplo paradigma já apontado – matriz hermenêutica (epistemológico) e Direito Social (teórico) – a dogmática dos interesses difusos – que busca conceituá-los diante de outros interesses metaindividuais como indivisíveis, concernentes a titulares indetermináveis e internamente conflituosos – conta com o amparo teórico de dois âmbitos semânticos: *acesso à justiça*, que comporta a investigação da adequação da função jurisdicional para tutela desses interesses e uma revisão dos direitos ou interesses passíveis de tutela jurisdicional; e a *teoria constitucional*, que comporta uma revisão jurídica do papel do Estado contemporâneo e a elevação dos interesses difusos a direitos fundamentais, com as conseqüências para a dogmática de suas colisões.

Com efeito, nos âmbitos *sócio-jurídico* (acesso à justiça) e *teórico-constitucional* (*constituição dirigente*) busca-se observar a tutela dos interesses difusos como resposta a problemas de acesso e administração da justiça, bem como uma diretiva constitucional vinculante para o Estado.¹²⁰

¹²⁰ - Nesse sentido os estudos de grande influência no Brasil de MAURO CAPELETTI e BRYANT GARTH (**Acesso à Justiça**). Também com essa abordagem JOSÉ EDUARDO FARIA (**Justiça e Conflito – os juizes em face dos novos movimentos sociais; O Poder Judiciário no Brasil, paradoxos e alternativas**), PAULO CÉZAR PINHEIRO CARNEIRO (**Acesso à Justiça**); CELSO FERNANDES CAMPILONGO (**Acesso à Justiça e formas alternativas de resolução de conflitos: serviços legais em São Bernardo do Campo**); JOAQUIM FALCÃO (**Cultura Jurídica e democracia: a favor da democratização do Judiciário**). Sobre o dirigismo constitucional, em especial os influentes trabalhos anteriores de JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO (**Constituição Dirigente**); KONRAD HESSE (**A força normativa da Constituição**); NORBERTO BOBBIO (**Era dos Direitos**); PAULO BONAVIDES (**Curso de Direito Constitucional**) e LUIS ROBERTO BARROSO (**O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira**); EROS ROBERTO GRAU (**Ordem Econômica na Constituição de 1988**).

Nessas perspectivas desenvolve-se uma *dogmática constitucional* – que busca identificar os interesses difusos como direitos fundamentais de terceira geração, aplicando-se aos primeiros a dogmática própria desses segundos¹²¹ – e uma *dogmática conceitual-processual* – que busca delimitar conceitualmente os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos para formular a relação entre o conceito de interesses difusos e o instrumental processual para a plena efetividade da sua tutela jurisdicional.¹²²

Ressalvadas divergências menores entre autores, essas perspectivas atuam em plena complementaridade, construindo, na literatura dos interesses metaindividuais no direito brasileiro, uma visão integrada. O centro gravitacional que integra essas perspectivas reside justamente no paradigma teórico do Direito Social.

Entre si, a relação dessas perspectivas tem como amparo teórico-geral a semântica do Acesso à Justiça e da Constituição Dirigente que, possuindo caráter teórico mais abstrato, tendem a informar as construções dogmáticas do direito constitucional e do direito processual, sempre à luz do Paradigma do Direito Social e no marco hermenêutico.

¹²¹- Entre outros, FÁBIO KONDER COMPARATO (**Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**); PAULO BONAVIDES (**Direito Constitucional**); CELSO RIBEIRO BASTOS (**A Tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro**), ALEXANDRE DE MORAES (**Direitos Humanos Fundamentais**); INGO WOLFGANG SARLET (**A eficácia dos direitos fundamentais**). Vêm tratando com profundidade da questão, integrando a perspectiva constitucional à técnica processual, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO (**Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial de Políticas Públicas**), CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA (**Implementação dos Direitos Fundamentais e o Paradigma Constitucional: as novas concepções e os desafios aos operadores do direito**; e **Ação Civil Pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade**), HAMILTON ALONSO JR. (**A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais**) e SÉRGIO CRUZ ARENHART (**As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário**).

¹²²- Há vasta produção sobre o tema na doutrina nacional. Contudo, pode-se apontar como trabalhos influentes especificamente na conceituação e tutela processual dos interesses metaindividuais, os estudos pioneiros de JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA (**Ação Popular no Direito Brasileiro como Instrumento de Tutela Jurisdicional dos chamados Interesses Difusos; A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro**) e de ANTÔNIO AUGUSTO MELLO DE CAMARGO FERRAZ, ÉDIS MILARÉ e NELSON NERY JR., (**A Ação Civil Pública**). Após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor, que trouxe ao ordenamento positivado a distinção entre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, destacam-se, além das atualizações dos autores citados, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, (**Interesses difusos: conceito e legitimação para agir; Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada**), HUGO NIGRO MAZZILLI (**A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**) ADA PELLEGRINI GRINOVER (**A Tutela dos Interesses Difusos; O Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos**), CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA (**Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**) e TEORI ALBINO ZAVASCKI (**Processo Coletivo – Tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**). Há também a festejada contribuição dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, em especial os já citados ADA PELLEGRINI GRINOVER e NELSON NERY JR. e os comentários de KAZUO WATANABE.

Não se trata, é bom destacar, de uma questão de hierarquia de normas. Em termos normológicos o texto da Constituição positivada normatiza a interpretação dos demais textos legais. Trata-se aqui de compreender como os diferentes cortes epistemológicos da sociologia jurídica, dos direitos fundamentais e do processo civil se relacionam para construir – apoiados no paradigma do Direito Social – a teoria dos interesses difusos.¹²³

Por isso, as questões processuais centrais na teoria dos interesses difusos, referentes à instrumentalidade e efetividade da tutela jurisdicional, serão apresentadas a partir da semântica do acesso à justiça. As questões constitucionais centrais dos direitos fundamentais de terceira geração serão apresentadas a partir da temática da Constituição Dirigente, ou seja, da teoria contemporânea do constitucionalismo no Estado de Bem-Estar.

Contudo, para fins didáticos, se faz necessário apresentar conceitualmente os direitos difusos, bem diferenciados na dogmática processualista brasileira de outros interesses metaindividuais.

III.1. – INTERESSES METAINDIVIDUAIS RECIPROCAMENTE CONSIDERADOS: INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Como anunciado, a presente dissertação pretende – por meio da metodologia apresentada nos capítulos anteriores – investigar o fenômeno da tutela dos interesses difusos. É a tutela desses interesses, enquanto espécie de interesse metaindividual, que se mostra de particular relevo para o estudo, em especial a equiparação entre interesse e direito que essa nova categoria ensejou, e as suas correspondentes técnicas processuais, bem como a intensa litigiosidade interna. Assim, por questões didáticas, se faz necessário delimitar o conceito dogmático desses interesses (ou direitos) difusos para, posteriormente, analisar as construções semânticas na doutrina acerca desses interesses.

Nesse aspecto, a legislação brasileira, bem como a dogmática processualista, empreenderam grande esforço para delimitar o conceito de interesse difuso a partir da sua diferenciação em face de outros interesses metaindividuais.

¹²³ - Até porque é certo que, tanto a perspectiva do acesso à justiça quando do processo civil contam com apoio em dispositivos da Constituição e a teoria dos direitos fundamentais conta com amparo da semântica do acesso à justiça e da teoria do processo civil.

Vale dizer, no ordenamento brasileiro, por força do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, os *interesses metaindividuais são reciprocamente considerados* como interesses ou direitos *difusos* – aqueles metaindividuais de natureza indivisível, titularizados por pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato (prévias portanto ao surgimento de uma pretensão decorrente da violação desse direito); *coletivos* – aqueles metaindividuais de natureza indivisível, titularizados por um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica base (prévia portanto ao surgimento de uma pretensão decorrente da violação desse direito); e *individuais homogêneos* – aqueles individuais de origem comum, ou seja, titularizados individualmente por pessoas determinadas que passam a se relacionar – para fins de tutela processual – após e por conta da violação (origem comum) do direito.

Essa diferenciação constante do texto da lei é profundamente trabalhada na dogmática processualista brasileira, ou seja, para fins de construir parâmetros de decidibilidade para as demandas envolvendo os interesses metaindividuais.¹²⁴

Na doutrina estrangeira e na doutrina nacional anterior ao Código de Defesa do Consumidor é comum tratar como sinônimos interesses difusos e coletivos, e não diferenciar os individuais homogêneos. PEDRO DA SILVA DINAMARCO bem observa que “*Na Europa, tem-se escrito muito sobre o assunto, mas esses interesses ainda são vistos como fazendo referência a uma realidade complexa e de limites pouco claros, com raras distinções entre as diversas espécies de interesses plurindividuais*”.¹²⁵

¹²⁴- Em fecundo estudo sobre essa diferenciação, observa CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA que “*Não se pode pretender aprofundar qualquer discussão acerca dos aspectos processuais, sem antes refletir acerca da estrutura e caracterização desses direitos e interesses materiais, e apurar em que medida eles se apartam e, reversamente, se aproximam das duas outras espécies (direitos e interesses difusos e coletivos em sentido estrito), justificando, ou não, sua classificação com tertium genus. A relevância da discussão é inquestionável, suscitada em histórica decisão do Supremo Tribunal federal, através do voto do Ministro Maurício Corrêa, Relator do processo, para fundamentar a legitimidade do órgão ministerial na defesa desses direitos*”. **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**, São Paulo: Juarez, 2006, p.1-2.

¹²⁵- PEDRO DA SILVA DINAMARCO, **Ação Civil Pública**, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 49. O autor cita também o trabalho de LORENZO-MATEO BUJOSA VADELL que aponta “*a grande variedade de terminologia utilizada pela doutrina, normalmente como sinônimos: ‘interesses de grupo, interesses colectivos, interesses difusos, interesses sociais, interesses de serie, interesses de sector, interesses de categoria, interesses difundidos o propagados, interesses profissionais, interesses fragmentarios, interesses sin estructura, interessi adespoti (sin dueño, anónimos), intereses supraindividuales, intereses superindividuales, intereses de clase, intereses dispersos ...’ (La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, pp. 59-60). Mas concluí, em seguida, que os interesses colectivos seriam os interesses de uma categoria particular, que não tem a ver com o interesse público. Já os interesses difusos, diz, surgem em grupos mais vastos, vêm sentidos pelos cidadãos e são próximos ao interesse público ou um novo modo de se entender o interesse público (pp. 64-65)*”. Idem, pp. 49.

Para a dogmática processual, precisar a distinção entre as diferentes espécies de interesses metaindividuais se mostra essencial porque possui conseqüências na aferição da legitimidade para demandar em juízo a tutela desses interesses, efeitos da coisa julgada formada nessa demanda, regras para solucionar a cumulação de demandas coletivas e métodos para a execução coletiva.

Para a teoria jurídica de um modo geral se faz essencial compreender a unidade da diferença entre as espécies de interesses metaindividuais, ou seja, o elemento comum que determina a metaindividualidade e orienta as distinções.

MARCELO ABELHA RODRIGUES nota que a doutrina processualista brasileira orienta a diferenciação entre as espécies de interesses ou direitos metaindividuais a partir de duas perspectivas: subjetivista (metaindividualidade do interesse por conta do sujeito) e objetivista (metaindividualidade do interesse por conta do objeto), considerando o disposto na legislação nacional, que se preocupou em traçar essas distinções.¹²⁶

Assim, um interesse ou direito é considerado como metaindividual porque afeito a um número grande de sujeitos e porque só pode ser satisfeito (ou lesado) de modo indivisível, ou seja, para todos ou para nenhum. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, em investigações anteriores ao Código de Defesa do Consumidor já observava esse critério de distinção, gravitando em torno dos sujeitos titulares e do objeto titularizado.¹²⁷

¹²⁶- MARCELO ABELHA RODRIGUES, **Elementos de Direito Ambiental – parte geral**, 2ª. ed., São Paulo: RT, 2005. O autor, após invocar o conceito de carneluttiano de interesse (situação favorável à satisfação de uma necessidade) e seus aspectos subjetivo (sujeito que tem a necessidade) e objetivo (bem que satisfaz a necessidade), bem reflete sobre essa forma de pensar os interesses metaindividuais: “quando se pretende classificar um interesse como coletivo ou individual, devemos ter atenção redobrada para saber se os termos individual e coletivo, que classificam o interesse como tal, referem-se ao seu aspecto subjetivo ou a seu aspecto objetivo. Tentando ser mais claro, a pergunta que deve ser feita é a seguinte: o interesse dito como coletivo (não individual) (decorre da indivisibilidade do seu objeto (que ao satisfazer um a todos satisfaz por causa da raiz única) ou decorre da soma de vontade dos sujeitos (aspecto subjetivo)? (...) se trata de um problema que mesmo os juristas italianos, embora avançados no seu estudo, ainda não conseguiram dirimir, não nos sendo permitido dizer que exista um conceito sedimentado. Resta-nos, portanto, adotar esta ou aquela posição, tendo em vista o direito positivo brasileiro”, pp. 26-27.

¹²⁷- Cfr. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, “a expressão interesses difusos não adquiriu até agora sentido preciso na linguagem jurídica, sugerindo duas notas essenciais ao conceito de interesse difuso, uma pertinente ao sujeito e outra ao objeto. No que tange ao sujeito, o interesse não pertence à pessoa determinada ou a grupo nitidamente delimitado. Eis aqui o ponto. Ao ver do processualista, a titularidade do interesse encontrar-se-ia em um grupo cujos membros seriam de difícil ou impossível determinação. Ademais, isto é de se sublinhar, inexistiria necessariamente um vínculo jurídico entre estes componentes do grupo, ao contrario do que ocorre, v.g., com uma sociedade anônima. Do ângulo do objeto, o interesse refere-se a um bem individual, de tal sorte que a satisfação de um elemento do grupo implicaria a satisfação dos demais”. **A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro**. in **Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1984, pp. 183-184.

CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, analisando a partir da positivação dessa distinção no Código de Defesa do Consumidor, bem observa que “*O direito positivo elegeu basicamente dois critérios para caracterizar e diferenciar as três modalidades de direitos e interesses meta ou transindividuais: 1) um critério objetivo, relativo à indivisibilidade ou divisibilidade do objeto (bem jurídico); e 2) um critério subjetivo, referente à indeterminabilidade ou determinabilidade dos titulares, que estão ligados por “circunstâncias de fato”, por uma “relação jurídica-base” ou pela “origem comum: são os elementos comuns que justificam e possibilitam a tutela jurisdicional coletiva”*”.¹²⁸

Assim, pelo primeiro critério, interesses são metaindividuais (e gozam portanto da respectiva forma de tutela) por conta da natureza indivisível do bem jurídico tutelado (perspectiva objetivista). Trata-se dos interesses difusos e coletivos, cuja indivisibilidade, na festejada lição de BARBOSA MOREIRA implica: “*uma espécie de comunhão tipificada pelo fato de que a satisfação de um só implica, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui, ipso facto, a lesão da inteira coletividade*”.¹²⁹

Como bem observa YOSHIDA essa indivisibilidade é de importância central para a dogmática, já que “*repercute nos pedidos imediato e mediato, pois o que se pretende tutelar é um bem jurídico de toda a coletividade (...) O pedido de cessação da lesão ou da ameaça, através das tutelas jurisdicionais adequadas, beneficiará e propiciará a satisfação de todos contemporaneamente*”.¹³⁰

A indivisibilidade é, ainda, critério determinante para a verificação da legitimidade para demandar em juízo: justamente por ser o bem jurídico *indivisível*, não é possível demandá-lo individualmente sem que se demande acerca de direito alheio. A legitimidade para agir em juízo não é, portanto, verificada a partir da titularidade do direito material, mas sim a partir da adequação da representatividade dos demais interessados/titulares pelo ente intermediário que se apresenta em juízo.

Além disso, pelo segundo critério, esses interesses devem ser afeitos a um número considerável de pessoas (perspectiva subjetivista).

¹²⁸ - CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**, op. Cit. p. 3.

¹²⁹ - JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, **A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro**, op. Cit. p. 184.

¹³⁰ - CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**, op. cit. p. 5.

Nesse cenário, a diferenciação entre os interesses difusos e coletivos em sentido estrito se apóia no pólo *subjetivista* do critério, já que ambos se referem a objetos indivisíveis, distinguindo-se entre si pela (in)determinabilidade dos sujeitos titulares desses interesses. A chave para essa distinção, na legislação, é a existência (ou não) de uma relação jurídica-base entre os interessados, ou com a parte contrária, *prévia ao surgimento de uma pretensão relativa ao interesse*. Relação essa que possibilita a determinação dos titulares de eventual pretensão quando se tratar de interesses coletivos em sentido estrito.¹³¹

Há, contudo, um ponto sensível nessa distinção que merece análise: nem sempre é fácil de se distinguir quando a relação entre os interessados é meramente fática, circunstancial (interesse difuso), ou jurídica-base (coletivo), em especial porque a lei prevê também como critério para identificar os interesses coletivos a relação jurídica base com a parte contrária, que merece análise cuidadosa.

YOSHIDA, trazendo à baila estudo de NELSON NERY JR. sobre a tutela dos interesses de usuários de transporte público como interesse coletivo, aponta que: “*É freqüente classificar-se, equivocadamente, determinada situação como envolvendo direito ou interesse difuso pelo fato de dizer respeito a uma coletividade bastante numerosa de pessoas, quando existe uma relação jurídica-base entre elas, ou com a parte contrária, uma das características dos direitos e interesses coletivos*”.¹³²

No caso em tela, tratou-se de analisar sentença denegatória em mandado de segurança coletivo impetrado contra o aumento das tarifas de ônibus em São Paulo. Ao que consta, entendeu-se que o interesse dos usuários de transporte público em São Paulo seria difuso e, assim, não passível de tutela por meio do *writ* coletivo.

¹³¹ - Na análise de YOSHIDA: “*São meras circunstâncias fáticas de lugar, tempo e modo o traço de união da coletividade titular de direitos e interesses difusos, por isso mesmo considera-se que é indeterminado ou mesmo indeterminável, qualitativa quantitativamente, o universo de pessoas que a integra. Não é possível identificá-las nem precisar –lhes o número. Todos os que compartilham da mesma situação fática são simultaneamente prejudicados com a lesão ou beneficiados com a cessação da mesma. Portanto, fala-se em indeterminabilidade dos titulares quando a relação entre eles é meramente fática, e não necessariamente quando são em grande número, circunstância que dificulta, na prática, a determinação. Se há relação jurídica unindo os integrantes de um grupo (entre si ou com a parte contrária) ainda que muito numerosos, considera-se serem eles determináveis, por ser possível sua identificação e quantificação, descartada a qualificação como titulares de direitos e interesses difusos*”, Idem, pp. 5-6.

¹³² - Idem, p. 7.

Para NERY JR. haveria sim direito coletivo em sentido estrito por conta da relação jurídica potencial com a parte contrária.¹³³ Com arrimo nesse estudo, conclui YOSHIDA que a previsão legal que qualifica também como interesses coletivos em sentido estrito aqueles indivisíveis cujos titulares têm relação jurídica-base *com a parte contrária* amplia a abrangência dos interesses coletivos, atingindo também grupos e classes ainda incipientes ou mesmo não organizados (como os alunos de uma escola particular).¹³⁴

A consequência disso, bem coloca a YOSHIDA, é que os indivíduos pertencentes ao grupo, categoria ou classe podem se beneficiar da tutela jurisdicional, que fará coisa julgada *ultra partes*, mesmo que esse grupo, categoria ou classe não seja juridicamente organizado ou que o indivíduo não haja formalmente se filiado a uma associação representativa desse grupo, categoria ou classe.

Contudo, relevante fazer uma ressalva. Não parece correto supor que haja relação jurídica-base com a parte contrária diante da mera potencialidade da relação – como no caso dos usuários de transporte público – ou diante de uma relação contratual finda – como no caso de consumidores que compram um determinado produto defeituoso. A relação jurídica-base com a parte contrária deve possibilitar em tese a *determinação prévia dos titulares* do direito, que é o caráter distintivo dos interesses coletivos em sentido estrito.

No caso dos usuários de transporte público não existe relação jurídica-base, mas sim sucessivas relações contratuais (de transporte) que mantêm constante a potencialidade da relação detectada por NERY JR.

¹³³- Cfr. NELSON NERY JR. “Seria questionável essa colocação (da sentença), porque, há, em tese, relação jurídica-base ligando os usuários do transporte municipal coletivo. Isto porque todos eles têm relação jurídica com a empresa concessionária, já que são potenciais contrapartes em contrato de adesão segundo as cláusulas estipuladas unilateralmente pelo Poder Público municipal e também pela concessionária (...) Mas não é só. O direito seria coletivo porque os usuários, embora indeterminados, não são indetermináveis, porquanto serão sempre determináveis, na medida em que fizerem utilização efetiva daquele serviço público ou em que se puder dimensionar o universo desses usuários quantificando-os e qualificando-os”. **Mandado de segurança coletivo: instituto que não alterou a natureza do mandado de segurança já constante das Constituições anteriores – partidos políticos – legitimidade ad causam**, in Revista de Processo n. 57, 150-58, *apud*, CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**, op. cit. pp. 7-8.

¹³⁴- Para YOSHIDA, a idéia da relação jurídica base com a parte contrária “Amplia consideravelmente a abrangência dos direitos e interesses coletivos, que não se limitam às coletividades organizadas (partidos políticos, sindicatos, condomínio, e as sociedades e associações de pessoas em geral), com vínculo jurídico entre seus componentes. Alcançam também grupo, categoria ou classe de pessoas sem organização, servindo de elo a relação jurídica-base com a parte contrária (contribuintes de tributos em geral, alunos de escola particulares, mutuários de agentes do Sistema Financeiro da Habitação, etc)”. **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**, op. cit. pp. 8-9.

Assim também no caso de consumidores que tenham comprado um produto defeituoso: todos eles contrataram com o fornecedor no momento da compra, mas essa relação jurídica não mais perdura.

Não se trata apenas de uma dificuldade prática para identificação de titulares mas sim do fato de que, no primeiro caso, no momento do surgimento da pretensão ainda não há titulares, mas apenas titulares potenciais; no segundo caso, os adquirentes de produto defeituoso não têm mais relação jurídica com a parte contrária, não havendo base (jurídica) a conferir caráter de indivisibilidade ao interesse.

CELSO RIBEIRO BASTOS, em estudo anterior à Lei da Ação Civil pública e ao Código de Defesa do Consumidor já entendida que os interesses coletivos “*dizem respeito ao homem socialmente vinculado*”, ao passo em que os interesses difusos se baseariam numa identidade de situações de fato, sujeitando-se a lesões de natureza extensiva, disseminada ou difusa.¹³⁵

Não significa que seja necessária a organização jurídica prévia entre os titulares desses interesses para que sejam passíveis de tutela mas sim que, mesmo nos casos de relação jurídica-base com a parte contrária, deve se tratar de uma relação existente e duradoura que identifique os titulares enquanto um grupo, classe ou categoria (*vínculo social*).

Ademais, como anota YOSHIDA, somente poderão ser considerados como interesses coletivos em sentido estrito “*os interesses indivisíveis (em razão do objeto) do todo, e não os direitos individuais (divisíveis) dos seus integrantes*”.¹³⁶

Por fim, os interesses difusos se delimitam também em face dos interesses individuais homogêneos, que são interesses individuais que podem gozar dos instrumentos de tutela coletiva, embora divisíveis, quando decorrentes de origem comum. São interesses que, para fins de tutela jurisdicional, se tornam, na conhecida expressão de BARBOSA MOREIRA, *acidentalmente coletivos*.¹³⁷

¹³⁵ - CELSO RIBEIRO BASTOS, **A Tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro** in *Revista de Processo* n. 23/39. São Paulo: RT, 1981.

¹³⁶ - Cfr. CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**, op. cit. p. 10.

¹³⁷ - JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA. **Ações Coletivas na Constituição de 1988**, in *Revista de Processo*, v. 16, n. 61, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 187-200.

Aqui sim, no caso dos interesses individuais homogêneos, a possibilidade de se identificar os titulares desses interesses é meramente uma questão pragmática, tanto que a lei nada dispôs a respeito. No caso dos interesses ou direitos difusos, como será mais bem abordado adiante, ainda que se identifique um a um o número de pessoas individualmente atingidas por um dano ambiental, não são *essas pessoas* os titulares do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas sim *toda a coletividade*. Essas pessoas são titulares exclusivos apenas de um eventual direito (individual) à indenização.

Já os interesses individuais homogêneos são, antes de tudo, interesses individualmente titularizados e, portanto, divisíveis. A *origem comum* desses interesses possibilita a sua tutela coletiva. Pressupõe-se que haja algum *impacto de massa*, ou seja, que exista um número considerável de interessados. Mas é absolutamente indiferente a possibilidade pragmática *a priori* de se identificar previamente esses interessados.

A questão problemática aqui passa pela distinção entre a *origem comum* que torna homogêneos interesses individuais e as *circunstâncias fáticas* que relacionam os titulares dos interesses difusos. Parece correto afirmar que não há qualquer diferença ontológica entre umas e outras, observadas isoladamente: o mesmo evento fático (ex: poluição) pode constituir *origem comum* de direitos individuais homogêneos como pode atingir a esfera das circunstâncias fáticas que unem os titulares dos direitos difusos.

YOHSIDA, seguindo a doutrina de NERY JR. e de KAZUO WATANABE entende que “*a natureza jurídica dos diferentes direitos e interesses metaindividuais somente pode ser definida, em face do caso concreto, repita-se, através do exame da pretensão material e do tipo de tutela jurisdicional invocada (...) Examinadas as características isoladamente, sem atentar para a lide (pedido) ou para o objeto litigioso (pedido e causa de pedir), não é possível proceder-se à correta distinção entre eles*”.¹³⁸

Nessa linha, ao analisar os interesses individuais homogêneos, diz que “*a origem comum dos direitos e interesses individuais homogêneos, sob o aspecto da causa de pedir remota, pode ser fática, identificando-se com as circunstâncias de fato comuns ao universo de titulares de direitos difusos; ou jurídica, correspondendo à relação jurídica-base da coletividade de pessoas titular de direitos coletivos (em sentido estrito)*”.¹³⁹

¹³⁸ - Cfr. CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**, op. cit. p. 10.

¹³⁹ - Idem, p. 15.

Não parece correto contudo dizer que se identificam a *origem comum* de pretensões homogêneas relativas a direitos individuais e as *circunstâncias de fato* que unem titulares de direitos difusos (ou a relação jurídica-base que une titulares de direitos coletivos). Pode sim ocorrer que um mesmo evento (*circunstância fática*) sirva como *origem comum* de pretensões de direitos individuais e viole um direito metaindividual indivisível, titularizado por pessoas indeterminadas unidas entre si por (*outras*) circunstâncias de fato.

As circunstâncias de fato que unem os titulares dos direitos difusos preexistem à violação que faz nascer a pretensão de direito difuso. Assim como a relação jurídica-base que une os titulares de direitos coletivos em sentido estrito precede o nascimento da pretensão. Não se trata de um evento (com origem e fim demarcados) mas sim de um estado de relações de conexões que se mantém diferenciado. Afinal, o direito – difuso, coletivo ou individual homogêneo – não é produto do pedido veiculado em juízo – ainda que possa ser identificado nas causas de pedir próxima e remota – ele existe independentemente da demanda.¹⁴⁰

Assim, parece mais correto dizer, dos direitos individuais homogêneos, que a comunidade da origem não está na natureza do direito, mas nas circunstâncias de sua violação, que pode dar origem a uma *pretensão acidentalmente coletiva*.¹⁴¹

¹⁴⁰- Nesse sentido, esclarece JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE “o interesse ou direito é difuso, coletivo ou individual homogêneo independentemente da existência de um processo. Basta que determinado acontecimento da vida o faça surgir. De resto, é o que ocorre com qualquer categoria de direito. Caso não se dê a satisfação espontânea, irá o legitimado bater às portas do Judiciário para pleitear a tutela jurisdicional, ou seja, àquele interesse metaindividual, preexistente ao processo”. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 35. Também nesse sentido TEORI ALBINO ZAVASCKI, **Processo Coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**, São Paulo: revista dos Tribunais, 2006, pp. 39-41 e PEDRO DA SILVA DINAMARCO, **Ação Civil Pública**, op. cit., p. 69.

¹⁴¹- Na precisa explicação de TEORI ALBINO ZAVASCKI, “Os direitos individuais homogêneos são, simplesmente, direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria. Não se trata, pois, de uma nova espécie de direito material (...) Quando se fala, pois, em defesa coletiva ou em tutela coletiva de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa”. op. cit., pp. 42-43.

Quanto à natureza desse direito individual que, por acidente, pode ser defendido coletivamente, parece ser necessária a verificação de *impacto de massa*. Vale dizer não é qualquer interesse individual que, por ser homogêneo a outro interesse individual e com origem comum a ele poderá ser defendido coletivamente. A tutela de interesses individuais plúrimos, em regra, resolve-se pelo litisconsórcio ou pela representação.

A tutela coletiva, com os respectivos instrumentos, é reservada aos casos em que a totalidade desses interesses individuais homogêneos é representativa (*impacto de massa*), podendo inclusive chegar a ser considerados como interesses de relevância social, para fins de legitimação institucional da atuação do Ministério Público (problemática que não será analisada no presente trabalho).¹⁴²

Assim delimitados os interesses difusos em face de outros interesses metaindividuais, sobressaem como notas distintivas a indeterminação absoluta de seus titulares e a indivisibilidade do bem jurídico tutelado, bem como a grande dispersão desses interesses e a sua intensa conflituosidade interna. Essa construção doutrinária parece suficientemente estabilizada para constituir um objeto de análise epistemológica mais aprofundada.

Desse modo, para prosseguir nas semânticas da teoria jurídica acerca dos interesses e dos direitos particularmente difusos – como espécie de direitos metaindividuais – é necessário observar um pouco mais de perto essas características.

¹⁴²- Como observa TEORI ALBINO ZAVASCKI, “*a exemplo do que ocorre com os direitos subjetivos das pessoas de direito público, a lesão a certos direitos individuais homogêneos pode assumir tal grau de profundidade ou de extensão que acaba comprometendo também interesses sociais. Realmente, há certos interesses individuais que, quando visualizados em seu conjunto, em forma coletiva e impessoal, têm a força de transcender a esfera de interesses puramente individuais e passar a representar, mais que a soma de interesses dos respectivos titulares*”. **Processo Coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**, op. cit. pp. 55-56. Cabe ressaltar que, para este autor, a expressão “*acidentalmente coletivos*” seria inadequada para se referir a esses direitos posto que privilegiaria a perspectiva processual. Não parece, contudo, que seja esse o sentido atribuído por BARBOSA MOREIRA à expressão, mas sim, como já dito, que a idéia de acidentalmente coletivos significa justamente que esses interesses são, em sua natureza, individuais mas que – acidentalmente – podem ser defendidos coletivamente. Há intensos debates na doutrina sobre as condições nas quais os interesses individuais homogêneos podem ser defendidos em juízo pelo MINISTÉRIO PÚBLICO. Para algumas das posições representativas do debate ver CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, op. cit., esp. p. 18 e ss. TEORI ALBINO ZAVASCKI, op. cit. p. 223 e ss.; PEDRO DA SILVA DINAMARCO, op. cit. p. 207 e ss.. Com estudos profundos sobre a atuação do Ministério Público v. HUGO NIGRO MAZZILLI, **A defesa dos Interesses Difusos em Juízo e Regime jurídico do Ministério Público** e NELSON NERY JR. **O Ministério Público e as ações coletivas in Ação Civil Pública (reminiscências e reflexões após dez anos de aplicações) e O Ministério Público e sua legitimação para a defesa do consumidor em juízo in *Justitia* v. 160.**

Cabe antes uma ressalva metodológica. Como já se deve ter notado, o caminho da presente investigação é o inverso daquele comumente utilizado pela dogmática. Normalmente, para se investigar ou construir uma dogmática dos interesses difusos (p.ex.: investigação da legitimação para demandá-los em juízo) aconselha-se iniciar o estudo pelos seus princípios jurídicos mais abstratos, o que se dá normalmente na sociologia jurídica (*acesso à justiça; transmigração do individual para o coletivo; reformas processuais*, etc.) e na teoria constitucional (princípios constitucionais da atuação estatal na tutela desses interesses).

Dos seus princípios constitucionais mais abstratos, passa-se para os dispositivos constitucionais concretos pertinentes (direito ao meio ambiente, proteção do consumidor, criança e adolescente, como direitos fundamentais de terceira geração); e, por fim, interpreta-se a lei infraconstitucional de acordo com esses princípios e dispositivos para investigar ou construir parâmetros para a decidibilidade (dogmática).

A abordagem epistemológica adotada no presente trabalho pretende o caminho inverso: partir da dogmática como um objeto dado para investigar a relação epistemológica entre ela e os paradigmas teóricos mais abstratos que a informam, para demonstrar que falta à dogmática e à teoria jurídica uma instância de reflexão que lhes permita observar os limites funcionais do sistema jurídico.

A dogmática dos interesses difusos será tida como ponto de partida – e portanto generalizada – para apresentar os paradigmas teóricos mais abstratos, sua relação com essa dogmática e, a partir desses marcos refletir criticamente sobre conseqüências não-refletidas na teoria no que se refere à jurisdicionalização da política.

Nesse método é certo que muitas das divergências internas entre os diferentes autores que escrevem sobre interesses difusos será desconsiderada, bem como a eventual resistência dos Tribunais em acolher alguns dos parâmetros de decidibilidade construídos por essa dogmática. Por esse motivo, buscar-se-á investigar aqui a dogmática dos interesses difusos a partir dos pontos estruturais que lhe conferem unidade e enquanto proposta *da doutrina*, o que abrange tanto a literatura jurídica quanto as decisões judiciais que colaboram com a construção da semântica dos interesses difusos.

Em resumo, os próximos passos da investigação, pensada em termos de sujeito cognoscente/objeto conhecido, terá como objeto as semânticas (resultados dos discursos sobre) que a dogmática jurídica e a teoria jurídica, tanto no âmbito da sociologia jurídica quanto da teoria constitucional, têm construído acerca dos interesses ou direitos (inclusive essa equiparação) especificamente difusos.

III.2. –DOG MÁTICA CONCEITUAL DOS INTERESSES DIFUSOS.

Significativa parte dos estudos dogmáticos acerca dos interesses difusos se desenvolveu e tem se desenvolvido no âmbito do direito processual, ou seja, estudos voltados para a adequação dos instrumentos processuais tradicionais, típicos da tutela individualizada, para a tutela de interesses metaindividuais.

Essa dogmática processual dos interesses difusos acabou se transformando hoje, na literatura jurídica brasileira em especial, em uma dogmática do processo civil coletivo como um todo. São alguns dos pontos centrais dessa dogmática a legitimação para agir, o regime da coisa julgada, o objeto específico de cada tipo demanda coletiva, a cumulação entre demandas coletivas e os casos de litispendência, conexão e continência, a execução coletiva, a concorrência entre demandas individuais e coletivas, etc.

Entremeada com essa dogmática processual, embora epistemologicamente antecedente, está a própria construção conceitual dos interesses difusos, ou seja, o estudo analítico dos próprios elementos que distinguem os interesses difusos dos demais interesses metaindividuais (e não da distinção em si, visto acima): a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto e a máxima conflituosidade interna.

Essa dogmática conceitual – e não propriamente processual –, se apresenta hoje mais estabilizada na doutrina, não havendo grandes polêmicas sobre esses elementos dos interesses difusos, mas sim sobre suas repercussões para o processo. Por conta disso, essa dogmática se apresenta como um ponto de partida estável, ou um objeto bem delimitado, para a investigação epistemológica pretendida.

Uma tal investigação é muitas vezes substituída pela imputação de causalidades sociológicas e epistemológicas pouco refletidas. Costuma-se dizer que os movimentos sociais típicos da sociedade de massas (sindicalismo, consumidores, minorias, etc.), bem como demandas sociais tardias decorrentes da industrialização (como as ecológicas), levaram ao reconhecimento de novos direitos materiais. A ciência do direito processual, percebendo a inadequação dos institutos fundamentais do processo civil, em especial do tripé ação-processo-coisa julgada, teria buscado reformular seu arcabouço conceitual para que seus instrumentos pudessem dar conta de encaminhar os conflitos decorrentes desses novos direitos ao Judiciário. Daí ter o processo civil propiciado um campo fecundo para uma dogmática processual dos interesses difusos.

Trata-se de um conto possível para a história dos interesses difusos e do surgimento da sua dogmática, mas ao qual pode se buscar acrescentar uma maior precisão sociológica e epistemológica.

Observando-se de uma perspectiva contemporânea é possível dizer que a agrupação de interesses comuns em entes coletivos e demandas de grupos sociais não são exclusividade do século XX. Parece correto afirmar que, historicamente, observa-se a predominância da coletivização das relações sociais (famílias, clãs, feudos, castas). A individualização de papéis, a construção filosófica do sujeito enquanto indivíduo (não enquanto membro do clã, da cidade, da casta, da família) toma corpo apenas no século XVII.

Há na Idade Média exemplos de entes coletivos como as Corporações de Ofício, a Igreja, a Maçonaria e a Companhia das Índias. Há também movimentos de grupos como as revoltas de escravos na antiguidade, movimentos de camponeses (v.g. João Sem-Terra; *Jacquerie*) e de resistência religiosa (v.g. cátaros, valdenses e beguinas) na Idade Média, movimentos populares envolvidos na Revolução Francesa e, já no início da modernidade, os movimentos abolicionistas a partir do séc. XVII.

Nessa perspectiva, falar em surgimento de movimentos sociais não parece suficiente para explicar a evolução do sistema jurídico, ou daquilo que BARBOSA MOREIRA chamou de “*transmigração do individual para o coletivo*”.¹⁴³ Por que essa transmigração ocorre diante dos movimentos sociais do séc. XX e não em outro momento?

¹⁴³ - JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, **Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80**, in Revista de Direito Processual vol. 47, p. 69.

Ademais, em termos epistemológicos, não parece possível a imediata segmentação cronológica: reconhecimento de direitos matérias/adequação do direito processual. Pense-se, por exemplo, no direito (material) à defesa coletiva de direitos individuais, que decorre da estrutura processual e não de novos direitos materiais.

É também de se considerar que a própria admissibilidade de demandas coletivas (estrutura do direito processual) faz surgir conflitos de interesses que até então não existiam. Pense-se, por exemplo, nos consumidores atingidos por medida liminar proferida em ação civil pública suspendendo os efeitos de um contrato tido por abusivo ou no desalojamento de famílias ocupantes de áreas de manancial.

Além disso, a análise epistemológica não pode desconsiderar as regras lógicas internas do sistema jurídico, em especial, a relação entre as normas constitucionais e infraconstitucionais, que não seguem a distinção processual/material. Assim, a universalização da jurisdição não pode ser vista apenas como uma revolução da ciência processual – ainda que tenha sido desenvolvida por processualistas – mas deve ser contextualizada na própria teoria do direito, da sociedade e da Constituição. Nos próximos capítulos se buscará precisar e sistematizar esse contexto.

III.2.1. – Indeterminação dos sujeitos e indivisibilidade do objeto.

Como visto, a dogmática processualista brasileira dos interesses difusos, com amparo direto no artigo 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor,¹⁴⁴ tende a conceituá-los em face dos demais interesse e direitos metaindividuais, ou seja, os interesses coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos, sendo certo que os interesses individuais homogêneos diferenciam-se ontologicamente dos interesses difusos e coletivos em sentido estrito. Entre os interesses difusos e coletivos há em comum tanto a indivisibilidade quanto a transindividualidade.¹⁴⁵

¹⁴⁴- Sendo a dogmática jurídica voltada para a decidibilidade, é de se esperar que seja construída a partir do texto positivado pois, ainda que não seja exclusivamente vinculante, a lei não pode ser ignorada pela decisão.

¹⁴⁵- Como explica ADA PELLEGRINI GRINOVER, “*No ordenamento brasileiro, por definição legislativa (art. 81 do Código de Defesa do Consumidor), os interesses difusos e coletivos apresentam, em comum, a transindividualidade e a indivisibilidade do objeto. Isso significa que a fruição do bem, por parte de um membro da coletividade, implica necessariamente sua fruição por parte de todos, assim como sua negação para um representa a negação para todos. A solução do conflito é, por natureza, a mesma para todo o grupo, podendo-se afirmar que, se houvesse litisconsórcio entre os membros, se trataria de litisconsórcio unitário*”. **Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos in A Marcha do Processo**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 20.

A chave então para compreender a essência da semântica dos direitos difusos, reside em compreender a extensão da questão da indeterminabilidade dos seus titulares, ligados apenas por circunstâncias de fato.¹⁴⁶

Para RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO há duas diferenças básicas entre direitos difusos e direitos coletivos em sentido estrito, uma de ordem quantitativa, outra de ordem qualitativa. Em termos quantitativos, o interesse difuso concerne a um universo maior do que o interesse coletivo, visto que, enquanto aquele pode mesmo concernir até a toda humanidade, este apresenta menor amplitude, pelo fato de estar adstrito a um vínculo jurídico, o que o leva a se aglutinar junto a grupos sociais definidos. Em termos qualitativos, o interesse coletivo resultaria do homem em sua projeção *corporativa*, ao passo que, no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente enquanto *ser humano*.¹⁴⁷

Diante desse cenário, MANCUSO apresenta a seguinte definição para os interesses difusos:

São interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluído, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g. o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g. os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e espaço.¹⁴⁸

Seguindo uma linha de raciocínio um pouco diversa, RODRIGUES, em análise aprofundada aponta que deve ser considerada uma diferença ontológica também entre os interesses difusos e coletivos porque estes estariam ligados “*ao atendimento de um interesse privado de uma coletividade, exclusivo e egoísta dessa mesma coletividade*”, ao passo em que os interesses difusos possuiriam “*uma veia pública, não exclusiva, heterogênea (por causa da dispersão) e plural*”.¹⁴⁹

¹⁴⁶- Como bem coloca NELSON NERY JR., o interesse difuso “*atinge número indeterminado de pessoas, ligadas por relação meramente factual, enquanto que seriam coletivos aqueles outros interesses e direitos pertencentes a grupo ou categoria de pessoas determináveis, ligadas por uma mesma relação jurídica base. Assim, a indeterminação dos titulares seria a característica básica dos interesses difusos, enquanto que a determinabilidade acusaria de coletivo o direito ou interesse*” in **Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo in Revista de Direito Privado**, n.5, São Paulo, 2001, p. 207.

¹⁴⁷- RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**, 3ª. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 73 e ss..

¹⁴⁸- Idem, pp. 114-115.

¹⁴⁹- MARCELO ABELHA RODRIGUES, **Elementos de Direito Ambiental**, op. cit. p. 40.

Nessa linha de pensamento, o problema da determinabilidade dos titulares dos interesses difusos não é um problema de possibilidade pragmática de saber quem é cada pessoa que se beneficia com o interesse (em tese, é *possível* identificar todas as pessoas do planeta) ou da necessidade de se identificá-los. Na verdade, pela própria natureza ontológica desses interesses, *não há em absoluto* titulares exclusivos.

RODRIGUES anota ainda que, ao passo em que nos interesses coletivos em sentido estrito a determinabilidade dos titulares implica a exclusividade de fruição do interesse pela categoria, grupo ou classe, nos interesses difusos:

Pelo seu grau de dispersão e indeterminabilidade de seus titulares, não se pode atribuir qualquer tipo de exclusividade na fruição do objeto do interesse. Tanto isso é verdade que o vínculo que une os titulares desse direito é apenas uma circunstância de fato, tal como determina o CDC, art. 81, parágrafo único, I, e endossa o exposto na regra da coisa julgada (art. 103, I) quando diz que a mesma tem eficácia *erga omnes*. Não há dúvidas de que existe uma limitação dos titulares de um interesse difuso, entretanto torna-se impossível a demarcação desse limite simplesmente porque não se pode identificar cada um dos titulares e, mais ainda, porque o elo de ligação entre tais sujeitos é uma circunstância de fato, caracterizando-se, pois, por um estado de fluidez completo, instável e contemporâneo, isto é, o que une os titulares do direito difuso é algo circunstancial e fluído, tal como o fato de serem, v.g., consumidores de um produto, moradores de um bairro, etc...¹⁵⁰

Há de se ressaltar contudo que a idéia de limitabilidade dos titulares dos direitos difusos não parece de acordo com o seu conceito. Não se trata de uma limitação do tipo: “existente porém impossível de ser verificada (pragmaticamente verificada)”. A idéia de fluidez do elo de ligação entre os titulares nega a própria possibilidade de limitação.

Por vezes a circunstância fática dirá respeito a toda a coletividade, de modo que esse elo será omnicomprensivo, como nos casos envolvendo o meio ambiente. Parece correto dizer, por exemplo, que todas as pessoas (no planeta) participam – conceitualmente – do interesse à preservação da Floresta Amazônica ou a que não seja extinta uma determinada espécie animal ou vegetal (ainda que não tenham direito de acesso direto ao sistema jurídico para veicular essa pretensão).

Do mesmo modo os interesses difusos relacionados à proteção das minorias ou à proteção da higidez do mercado (como o direito difuso à livre concorrência): eles só podem ser conceituados enquanto interesses dos quais as maiorias também participam. A proteção do idoso é interesse de todos e não só dos idosos, assim como a proteção da livre concorrência não é interesse apenas dos agentes do mercado.

¹⁵⁰ - Idem, pp. 40-41.

Também assim a proteção do consumidor. Não é o fato de se ter consumido um produto, assistido a uma publicidade abusiva, ou assinado um contrato abusivo que torna indetermináveis os titulares, mas sim o fato de que *qualquer um pode consumir* um produto, assistir a uma publicidade ou assinar um contrato abusivo.

A indeterminabilidade dos titulares desses interesses é sempre permanente: *todos participam ao mesmo tempo de todos os interesses difusos*. Seria um absurdo – porque negaria o conceito de interesse difuso – pensar que o próprio poluidor não participa do interesse ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (assim como seria um absurdo dizer que ele não é vítima da sua própria poluição).

Por ser absoluta, a indeterminabilidade não admite qualquer limitação *a priori* externa: se *prima facie* todos participam ao mesmo tempo de todos os interesses difusos, a conflituosidade surge sempre internamente.

Assim, não se pode falar em oposição do direito ao desenvolvimento econômico ao direito ao meio ambiente (nem o contrário): em ambos os interesses há os mesmos participantes. O que existe é um conflito em relação à própria participação *no* interesse, um conflito de poder (capacidade de influenciar decisões dos outros participantes)¹⁵¹ entre titulares de um mesmo interesse indivisível.

De outro lado, a indivisibilidade, implica que o interesse não pode ser satisfeito ou lesado apenas para um ou alguns dos titulares o que potencializa a conflituosidade.¹⁵² A conflituosidade surge internamente por conta do grau de dispersão dos titulares, o que implica heterogeneidade na composição de interesses incidentes sobre um bem indivisível.¹⁵³

¹⁵¹ - Sobre esse conceito de poder, em detalhes, v. NIKLAS LUHMANN, **Poder**, Brasília: Ed. UNB, 1973.

¹⁵² - PEDRO DA SILVA DINAMARCO aponta que “*nos interesses difusos, objeto (ou o bem jurídico) é indivisível, na medida em que não é possível proteger um indivíduo sem que essa tutela não atinja automaticamente os demais membros da comunidade que se encontram na mesma situação. Ou atinge todos ou não atinge ninguém. Ela não é, portanto, mera soma de uma pluralidade de pretensões individuais. Essa indivisibilidade, na verdade, está no bem da vida a que se visa e não na causa de pedir*”. Mais adiante, com arrimo nas lições de ORLANDO GOMES, aponta o autor que, ao passo em que no âmbito do direito civil a conversão da obrigação em perdas-e-danos faz cessar a indivisibilidade, “*quando se fala em interesses difusos, eles não perdem aquela qualidade, pois deverão ser revertidos para o fundo de que trata o art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, onde serão aplicados na reparação de bens lesados, também de natureza metaindividual*”, op. cit., p. 53.

¹⁵³ - Como aponta MARCELO ABELHA RODRIGUES “*o interesse difuso é heterogêneo e isso decorre do fato de que o vínculo que une os seus titulares é circunstancial (habitantes de uma mesma região, consumidores de um mesmo produto, etc.), ao passo que o interesse coletivo é homogêneo na medida em que a coletividade persegue interesses previsivelmente queridos pelos seus membros*”, op. cit. p. 41.

Por exemplo, *podem ser consumidores*: patrões e empregados; homens e mulheres; jovens e idosos; pacifistas e armamentistas; ricos e pobres; poluidores e ambientalistas; professores e alunos; religiosos e ateus; além é claro dos próprios fornecedores, que não estão impedidos de consumir seus próprios produtos ou de outrem. De outro lado, *podem ser fornecedores*: patrões e empregados; homens e mulheres; jovens e idosos; pacifistas e armamentistas; ricos e pobres; poluidores e ambientalistas; professores e alunos; religiosos e ateus, além é claro dos próprios consumidores, que não estão impedidos de fornecer produtos e serviços.

As indústrias poluidoras estão no meio ambiente. *As pessoas vitimadas pela poluição (dentre as quais se incluem os donos das indústrias) são consumidoras das indústrias.* Armamentistas e não-armamentistas são legitimamente interessados na paz, que pode ser atingida pela intimidação das armas ou pelo desarmamento total. Também eles são consumidores, fornecedores e vivem no meio ambiente.

Nesse cenário, considerando a indivisibilidade do interesse, toda decisão sobre ele vincula os demais. Isso implica tensões de poder entre os participantes. Como todos participam de todos os interesses difusos, toda pretensão tende a encontrar resistência, resistência que será maior ou menor conforme a predisposição generalizada dos participantes a aceitar decisões acerca do interesse.

III.2.2. – Máxima conflituosidade e a Jurisdição Coletiva.

A intensa situação de conflito gerada pela heterogeneidade dos titulares de um mesmo interesse indivisível é identificada pela doutrina como a *máxima conflituosidade interna* dos interesses difusos.¹⁵⁴ Trata-se da vagueza quanto ao tratamento normativo da questão conflituosa e que conduz à oposição entre grupos interessados.

¹⁵⁴ - Como explica RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “*Em ações como a ação civil pública ou a popular, conquanto o interesse judicializado seja também metaindividual (v.g. o meio ambiente), não há nega que a situação legitimante apresenta-se um tanto vaga (v.g. pertencer a uma dada etnia, ser um dos virtuais destinatários de certa mensagem publicitária), o que muito concorre para uma da notas qualificadoras do interesse difuso, qual seja, sua intensa conflituosidade interna (...)* Como diz Ada Pellegrini Grinover, “trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à qualidade de vida”. *E essas necessidades e esses interesses de massa, sofrem constantes investidas, freqüentemente também de massa, contrapondo grupos versus grupo, em conflitos que se coletivizam em ambos os pólos*”. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 204-205.

Parece relevante, contudo, apontar que, no caso dos interesses difusos, como todos participam ao mesmo tempo de todos os interesses difusos, a *conflituosidade interna* desses interesses se dá em um nível de abstração tal que *sempre* opõe interesses difusos, ainda que não se manifeste concretamente esse conflito.

Vale dizer, o *conflito difuso* entre o direito ao desenvolvimento econômico e o direito à proteção ambiental pode se manifestar mesmo no caso concreto (lide veiculada em juízo) como um conflito entre o direito (individual) de liberdade no uso da propriedade e o interesse (metaindividual) ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

De outro lado, esse conflito pode também se manifestar, nos casos de direito de vizinhança, como um conflito entre o direito (individual) de uso da propriedade e o interesse (metaindividual) ao desenvolvimento. E pode também acontecer, e a isso parece se referir MANCUSO quando fala em mega-conflitos, que esse conflito se manifeste concretamente como um conflito ainda difuso, como no caso do direito à moradia das famílias que habitam irregularmente áreas ambientalmente protegidas. Mesmo nos casos em que o conflito toma a forma da oposição entre um direito difuso e um direito individual, pode se dar que esse direito individual seja um aspecto de outro interesse difuso igualmente protegido,¹⁵⁵ o que impede a adoção de qualquer solução *prima facie* pelos interesses metaindividuais.

Veja-se por exemplo a lei municipal de São Paulo que proíbe a publicidade externa por meio de *outdoors* e determina mudanças nas fachadas de estabelecimentos (lei municipal n. 14.223/2006).

Imagine-se uma ação civil pública que tenha por objeto a retirada de determinado ou determinados *outdoors* publicitários, em relação aos quais a atuação dos agentes municipais não tenha surtido efeito. Nesse caso, o conflito judicial se manifesta concretamente como Coletividade (interesse difuso ao meio ambiente urbano) x Anunciante (direito individual de exercício de atividade econômica).

¹⁵⁵ - Nesse sentido observa MANCUSO que “a marcante *conflituosidade* deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato contingentes, por vezes até ocasionais. Não se cuida de direitos violados ou ameaçados, mas de interesses (conquanto relevantes), têm-se que a esse nível, todas as posições, por mais contrastantes, aparecem sustentáveis. É que nesses casos de interesses difusos não há um parâmetro jurídico que permita um julgamento axiológico preliminar sobre a posição certa e a errada”. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**, op. cit. p.80.

Contudo, subjacente a essa lide institucionalizada no processo, há um conflito entre interesses difusos: a mesma coletividade titular do direito à paisagem urbana é também titular do direito de exercer atividades econômicas não proibidas *in totum* pela legislação federal e estadual, bem como titular do direito de ser informado pela publicidade.¹⁵⁶

O mesmo ocorre nas demandas coletivas voltadas contra a regulação de determinados setores, como as taxas de juros bancários; condições dos contratos de seguro; a tarifa de telefonia; aumento de preço de combustíveis, não se trata simplesmente de um conflito Coletividade x Particular.

Quando se suscita um interesse difuso (proteção do consumidor) contra uma conduta dentro de regulação setorial já existente e definida por lei (v.g. não-obrigatoriedade de cobertura de medicamentos importados em contratos de seguro-saúde¹⁵⁷) o conflito não é apenas entre a coletividade e um agente individual do mercado (coletividade x seguradora), mas sim um conflito de interesses da coletividade no mercado.

Não seria correto dizer que há um conflito *entre* coletividade e mercado porque não se pode dissociá-los: a coletividade participa do mercado. O conflito diz respeito a diferenças de poder nessa participação.¹⁵⁸

Essa conflituosidade subjacente acaba reproduzida no momento de decidibilidade jurisdicional sempre que o sistema jurídico já não haja filtrado essa conflituosidade, expressando uma opção clara para a solução do conflito, ou quando essa solução for questionável à luz da Constituição Federal (repolitizando o conflito).

¹⁵⁶ - Trata-se do direito de antena, um direito difuso segundo CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO “*a liberdade de ser informado, enquanto direito transindividual de natureza indivisível, tem obviamente como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato*”, **A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos**, in **Ação civil pública – lei 7347/85 – Reflexões e reminiscências após dez anos de aplicação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp.189-190. Parece correto afirmar que o direito de ser informado abrange também a publicidade comercial (ainda que seu conteúdo possa ser limitado para evitar enganosidade e abusividade). Não se pode negar que, aceita a característica contemporânea da sociedade como *sociedade de consumo*, a publicidade comercial exerce também um papel de inserção do indivíduo na sociedade.

¹⁵⁷ - Embora o art. 10, VI da lei n. 9.656/98 desobrigue as operadoras privadas de seguro-saúde da cobertura de medicamentos importados, há ações coletivas, fundadas no Código de Defesa do Consumidor voltadas à declaração de nulidade da cláusula padrão nesse sentido nos contratos de adesão.

¹⁵⁸ - Veja-se que a obrigatoriedade de coberturas aumenta o custo dos contratos para os consumidores – em relação aos contratos futuros – e desequilibra economicamente os contratos em curso. É interesse da coletividade de consumidores que haja disponível no mercado contratos de seguro-saúde com preços acessíveis.

A Constituição Federal, por sua vez, como se verá, não estipula uma hierarquia *a priori* de valores, interesses ou mesmo direitos fundamentais, de modo que, em regra, a ampla judiciabilidade desses interesses conduz à permanência da abertura do sistema jurídico ao sistema político e à orientação de decisões judiciais por critérios não-jurídicos.

Esse problema (reprodução da conflituosidade na decisão jurisdicional) tende a não ocorrer – ao menos não com a mesma intensidade – nos casos em que o ordenamento positivado ou mesmo a carga jurídico-argumentativa histórica aponte uma solução clara em favor de um dos interesses. Nesses casos, a conflituosidade inerente ao interesse difuso já foi devidamente filtrada pelo sistema jurídico.

É o que se dá nos casos, por exemplo, de responsabilidade por dano ambiental: a responsabilização do poluidor pelos danos causados ao meio ambiente é a materialização de um conflito entre interesses difusos (meio ambiente x direito ao desenvolvimento econômico), mas nesse caso essa conflituosidade já chega ao momento da decisão jurisdicional tendo passado por diversos filtros do sistema (a legislação positivada; a jurisprudência e a própria dogmática jurídica), o que diminui os riscos da decisão.

Contudo, isso não acontece quando se trata de situações em que a conflituosidade é tão intensa que a sua manifestação concreta chega ao momento da decisão jurisdicional sem passar por qualquer filtro prévio, manifestando-se como um conflito de poder de participação no interesse.

Essa falta de filtragem pode ocorrer tanto porque o sistema jurídico (lei, contratos, precedentes, dogmática) não tratou previamente do conflito, quanto porque oferece como parâmetro de decidibilidade conceitos abertos (boa-fé, onerosidade excessiva, moralidade, etc.), em cujo preenchimento, no momento da decisão, reentra a conflituosidade. Isso ocorre também quando o conflito é tratado apenas no nível dos princípios, cujo alto grau de abstração, não sua normatividade, reencaminha a conflituosidade. Como se verá adiante, essa questão relaciona-se diretamente com a equiparação funcional promovida pela legislação entre direitos e interesses.

Essas situações são recorrentes quando se opõe um interesse difuso ao Estado (ou a um particular cuja atuação tenha interesse público) para buscar a concretização de metas do Estado de Bem-Estar estipuladas politicamente, como no caso da sindicabilidade jurisdicional das políticas públicas ou da oposição jurisdicional à regulação setorial.

Nesses casos o julgador acaba se vendo obrigado a optar entre interesses legitimamente amparados pelo ordenamento, cujo conflito chega diretamente ao julgador na mesma intensidade do que quando formulado politicamente.

Também nesses casos, como também se verá adiante, a dogmática constitucional não apresenta qualquer solução satisfatória. Os critérios de proporcionalidade se apresentam mais como uma forma de descrever o problema da decisão na conflituosidade do que uma solução que possa filtrá-la para a decisão jurisdicional.

Veja-se, por exemplo no caso profundamente estudado por MANCUSO envolvendo a transposição do Rio São Francisco: de um lado o direito de acesso à água das populações beneficiadas com a transposição, como decorrência do próprio direito à vida; de outro, o direito ao meio ambiente ameaçado pelos riscos à integridade do corpo d'água envolvidos em eventual transposição. Não é possível falar-se em qualquer solução normativa *previamente* dada pelo sistema jurídico.¹⁵⁹

Diante dessa situação, não havendo uma solução clara prévia no ordenamento, pondera CAPPELLETTI que:

Os juízes poderiam adotar muito bem uma posição de simples rejeição, recusando-se a entrar na arena dos conflitos coletivos e de classe. Tal atitude negativa teria, contudo, a conseqüência prática de excluir do judiciário a possibilidade de exercer influência e controle justamente naqueles conflitos, que se tornaram de importância sempre mais capital nas sociedades modernas. (...) A outra alternativa, pelo contrário, é a de que os próprios juízes sejam capazes de crescer, erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos difusos, coletivos e fragmentados, tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais.¹⁶⁰

¹⁵⁹ - RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, **Transposição das Águas do Rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia**, in Revista de Direito Ambiental, v. 37, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 28-79. Por motivos que ficarão claros ao longo do trabalho, o entendimento aqui esposado é diametralmente oposto ao do professor MANCUSO, que entende que o sistema jurídico fornece respostas substantivas para solução desse conflito, no caso pela não realização da transposição, por força da imperatividade do princípio da precaução ambiental. A despeito da profundidade do trabalho do professor, essa posição não considera que os mesmos princípios jurídicos invocados para obstar a transposição do rio (eficiência, proporcionalidade e precaução) poderiam sustentar a posição contrária, p.ex.: a transposição das águas do rio é a medida mais eficiente e proporcional para atender o direito fundamental de acesso à água, corolário direto do direito à vida das populações desabastecidas, na medida em que as alternativas existentes (como dessanilização de água do mar) são economicamente inviáveis e a transposição, segundo os estudos realizados, não atingirá significativamente o volume de abastecimento já proporcionado pelo rio às comunidades. O atendimento a esse interesse é prioritário, não havendo certeza científica de que a falta de abastecimento de água não causará dano irreparável à vida e à saúde das populações não abastecidas.

¹⁶⁰ - MAURO CAPPELLETTI, **Juízes Legisladores?** op. cit. pp. 59-60.

Nesse sentido também é a reflexão de MANCUSO sobre o papel do juiz diante da vagueza da normatividade nas situações de alta conflituosidade:

É por isso que, principalmente no caso dos interesses difusos (sujeitos absolutamente indeterminados, objeto absolutamente indivisível), torna-se problemática (e muita vez resulta um tanto ineficiente) a intervenção judicial, porque esta função é de caráter substitutivo e não primário, realizando-se na subsunção de um fato a uma norma de regência; mas, muita vez, nos conflitos metaindividuais ou bem não se encontra a norma que exatamente corresponderia à espécie, ou bem a normação existente foi pensada para o campo dos conflitos intersubjetivos, de menor dimensão, e por isso acaba por se mostrar inadequada quando transportada para o ambiente coletivo (...) Muita vez, os mega-conflitos afluem ao Judiciário ainda na efervescência do momento, sem a prévia e desejável maturação e condensação nas instâncias primárias competentes (Ministérios, outros órgãos públicos, entidades associativas, audiências públicas) o que acaba por engendrar uma dificuldade adicional, qual seja a virtualidade de a intervenção judicial imbricar com a separação entre os Poderes, mormente em assuntos que empolgam o interesse de toda a nação, como ora se passa com a propalada transposição de águas do Rio São Francisco. Esse contexto, não raro, põe o Judiciário no desconfortável dilema de (i) preservar-se num *non liquet*, deixando a controvérsia para ser dirimida entre os direitos diretos interlocutores (nesse exemplo, a população ribeirinha, os agricultores, os comitês de bacia, os governantes dos Estados banhados pelo rio, os órgãos ambientais), ou (ii) dar um provimento com espeque numa normação vocacionada para litígios de menor dimensão e diversa natureza, comprometendo a eficácia prática do julgado, quando já não concorra para acirrar ainda mais os ânimos.¹⁶¹

Dado esse cenário, a teoria jurídica – enquanto instância reflexiva da dogmática – ressalta a necessidade de se resgatar, para a tutela desses interesses, uma atividade jurisdicional criativa, uma nova forma de pensar a própria função jurisdicional.¹⁶²

A dogmática processual dos interesses difusos, fundada nas semânticas teóricas do acesso à justiça e da Constituição Dirigente (que têm apoio no paradigma do Direito Social), busca adaptar a esse tipo de atividade jurisdicional os instrumentos técnico-processuais para a tutela coletiva, tendo em vista a superação dessas dificuldades que a intensa conflituosidade traz à decidibilidade.

¹⁶¹ - RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas**, op. cit. pp. 205-206.

¹⁶² - Expressiva é a afirmação de MAURO CAPPELLETTI, para quem é “*Quase desnecessário repisar a observação de que se a concepção da jurisdição como função meramente declarativa, passiva e mecânica é fictícia e sempre frágil, ainda mais evidentemente frágil e fictícia resultará quando um “grande judiciário” estiver empenhado na tarefa de composição de controvérsias de tal amplitude. O caráter criativo, dinâmico e ativo de um processo jurisdicional, cujos efeitos devem, por definição, ultrapassar em muito às partes fisicamente presentes em juízo, não pode deixar de aparecer com grande proeminência*”, **Juizes Legisladores?**, op. cit. p.61. Também na Itália anota GIORGIO BERTI “*No âmbito do interesse difuso, confluem uma função normativa e uma função judicial integradas entre si (...) Em outras palavras, o interesse difuso evoca uma função construtiva do Juiz, na medida em que a sua verificação não pode ser feita por meio do confronto externo entre uma posição subjetiva predeterminada e um fattispecie normativo igualmente predeterminado*”. **L’interesse diffuso nel diritto amministrativo. Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della coattività**. Convegno Nazionale, Bologna, Maggioli, Rimini, 1981, pp. 13-14.

Nesse sentido, MANCUSO propõe, em “*Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas*” (obra que, buscando dar corpo sistematizado a essa dogmática do processo coletivo, traz a síntese dos estudos desenvolvidos pelo autor sobre interesses metaindividuais nas últimas décadas), uma reconstrução dos elementos básicos do processo (conceito de parte, tipos de legitimação, pedidos, técnicas de tutela judicial, cumulação de demandas, a coisa julgada, etc.) que visa a municiar o juiz de instrumentos hábeis a dar conta da conflituosa decidibilidade desses interesses.

O resultado desse esforço não é nada menos do que uma alternativa teórica para o próprio conceito de jurisdição, expressa na idéia de “*Jurisdição Coletiva*”:

Jurisdição coletiva, em contraposição à Jurisdição singular (voltada aos conflitos intersubjetivos) é aquela vocacionada a dirimir controvérsias de largo espectro quanto à relevância do objeto e/ou ao número de sujeitos concernentes, não raro recepcionando o que se vem chamando de *judicialização da política* e a correlata *politização do Judiciário*. Nesse contexto, a nomenclatura interesses é preferível a direitos, porque estes últimos evocam situações de vantagens suscetíveis de atribuição exclusiva a um dado titular, ao passo que os interesses metaindividuais concernem a sujeitos indeterminados (absoluta ou relativamente), sendo o objeto indisponível, essencial ou episodicamente.¹⁶³

Percebe-se assim que a dogmática processual dos interesses difusos, aqui sintetizada, tem como problemática fundamental os problemas que a intensa conflituosidade interna desses interesses traz aos momentos de decidibilidade.¹⁶⁴

As soluções apresentadas por essa dogmática vêm na forma de instrumentos técnicos, como o aumento dos poderes do juiz e a coisa julgada *erga omnes*, que tendem a amparar a jurisdicionalização de questões políticas e a politização do judiciário, ou seja, mantêm toda a tensão da conflituosidade sobre a decisão jurisdicional.

¹⁶³ - RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas**, op. Cit. p. 523-524. Como explica em outro trecho o autor “*A jurisdição coletiva em seu contexto geral apresenta-se, antes de mais nada, como um modo de ser do braço judiciário do Estado, voltada a dirimir conflitos de largo espectro, em grande parte motivados, pela inação/incompetência das instâncias administrativas que deveriam tê-los satisfatoriamente dirimido, ou pela oferta irregular/insuficiente das medidas e programas implementados. Por aí se compreende que a Jurisdição coletiva revela-se como um receptáculo de interesses e valores que, desatendidos ou mal manejados, vão aumentando a pressão social, operando assim a via judicial como uma sorte de válvula de escape, até porque as instâncias do Executivo e do Legislativo não são diretamente acionáveis pelo cidadão comum, tirando certos interesses de eficácia demorada e incerta, como os projetos de lei de iniciativa popular, o plebiscito, as audiências públicas*”, idem, p. 79.

¹⁶⁴ - Poder-se-ia falar também no problema da eficácia da tutela jurisdicional. Esse problema, contudo, parece constar como o problema central da dogmática processual como um todo na atualidade, e não especialmente da dogmática processual dos interesses difusos. Nesses, o núcleo duro permanece sendo a sua alta conflituosidade.

Quando isso ocorre, a decisão judicial tende a reproduzir em si essa conflituosidade e não pacificar conflitos.¹⁶⁵ Diante desse cenário que MANCUSO vê necessidade de se falar em um outro conceito de *jurisdição*, a *Jurisdição Coletiva* que expressaria um modo de ser da função judicante diverso para o tratamento desses conflitos politizados, ou a jurisdicionalização da política.¹⁶⁶ Contudo, parece se tratar mais de um problema de compreender as diferenças e fronteiras de sentido operacional entre sistema jurídico e sistema político do que um problema do conceito de jurisdição.¹⁶⁷

Ademais, a conceituação de escopos *de jurisdições* (e não *da Jurisdição*) parece ter pouca relevância dogmática para países, como o Brasil, em que a jurisdição é una, de modo que um possível conflito entre jurisdições tende a não se apresentar como um problema de decidibilidade. Na Itália, por exemplo, a distinção entre jurisdição civil e jurisdição administrativa traz problemas relevantes no que se refere à tutela dos interesses difusos, tornando importante a perquirição pelo escopo jurisdicional da decisão que soluciona lides relativas a esses interesses porque, se vistos como mero interesse da coletividade na atividade pública, não se submetem à jurisdição ordinária.¹⁶⁸

¹⁶⁵- Nesse sentido, a significativa passagem de MANCUSO: “*Como se vê o acesso dos interesses metaindividuais à justiça trouxe o dado político-social para o âmbito da função judicante, antes limitada a resolver crises exclusivamente jurídicas, com a subsunção dos fatos à norma de regência, numa perspectiva individual, confortada pelo próprio contingenciamento da eficácia da coisa julgada somente às partes do processo. Muita vez, por conta da judicialização daqueles mega-interesses, o Judiciário é levado (se presentes as condições ad ação e os pressupostos do processo) a intervir no mérito de controvérsias de largo espectro, onde não raro a atividade judicante acaba por se aproximar do campo das escolhas primárias ou opções políticas. Assim se dá quando vêm judicializadas, numa megalópole como São Paulo, controvérsias como a que envolve a destinação final dos resíduos urbanos (aterro sanitário ou forno incinerador?) ou transporte de massa (metro de profundidade ou incremento da malha viária de superfície?)*”. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas**, op. cit. p. 77.

¹⁶⁶- Em sentido similar, nota ADA PELLEGRINI GRINOVER ADA PELLEGRINI GRINOVER que “*é o dado político que altera o conceito de processo, não mais entendido como clássico instrumento de solução de lides intersubjetivas, mas transformado em meio de solução de conflitos metaindividuais, por isso mesmo tipicamente políticos. Assim como se modifica o conceito de processo, muda o de ação a qual se transforma em meio de participação política, numa noção aberta de ordenamento jurídico, em contraposição à fechada rigidez que deriva das situações substanciais tradicionais. Nesse contexto, a ação consagra uma operação política do direito, provocada pela inadequação das técnicas tradicionais. E a jurisdição, atuando através de instrumentos renovados e impulsionada por um distinto poder, tem transmutada a sua própria finalidade funcional, que se desloca, de mera atuação do direito objetivo, para o papel promocional de aquisição de um consciência do coletivo e do social*”. **Novas tendências da tutela jurisdicional dos interesses difusos in Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**, São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 9.

¹⁶⁷- Para um estudo profundo sobre essas diferenças do ponto de vista da teoria dos sistemas luhmaniana, focando na função dos Tribunais (Jurisdição), v. CELSO FERNANDES CAMPILONGO, **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**, São Paulo: Max Limonad, 2002.

¹⁶⁸- Sobre a dualidade da jurisdição na Itália, ensina LIEBMAN: “*a jurisdição civil tem por objeto as relações jurídicas de natureza tanto privada quanto pública de que se originem direitos subjetivos a favor de seus titulares. Em outras palavras e em síntese, ela é a jurisdição sobre direitos, a que tem por objeto específico declarar, garantir e satisfazer os direitos pertencentes às pessoas em suas relações*

Mesmo assim, a idéia de “*jurisdição coletiva*” apresenta problemas conceituais. A conhecida lição de ENRICO TULLIO LIEBMAN, conjugando os conceitos clássicos de GIUSEPPE CHIOVENDA e FRANCESCO CARNELUTTI, define jurisdição como:

A atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática (CHIOVENDA). Nessa definição está esculpida a relação entre a lei e a jurisdição; e, com a idéia da substituição, torna-se evidente o fato de que o juiz é chamado a manifestar-se quando houver faltado da parte de alguém a observância do que a lei dispõe (...) a justa composição das lides (CARNELUTTI), entendendo por lide qualquer conflito de interesses regulado por direito e por justa a composição feita nos termos deste. Essa definição considera a atuação do direito como meio para atingir o escopo final da composição do conflito de interesses, procurando assim captar a matéria a que a lei é aplicada e o resultado prático, do ponto-de-vista sociológico, a que a operação conduz (...) De nossa parte, resumindo, podemos considerar a jurisdição como a atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica.¹⁶⁹

A “*jurisdição coletiva*” então deve apresentar um escopo diverso da “*jurisdição tradicional*”, sob pena de não se diferenciar dela (o que tornaria inútil o conceito). Mas como poderia a “*jurisdição coletiva*” não estar destinada a formular e fazer atuar a regra jurídica para o caso concreto, de acordo com a vontade da lei?

Tendo-se por base a proposta de MANCUSO seria possível formular o seguinte conceito para “*jurisdição coletiva*”: atividade dos órgãos do Estado destinada a solucionar justamente as lides envolvendo interesses metaindividuais por meio da ponderação e valoração desses interesses no caso concreto, juridicizando a escolha política adequada para cada caso, por meio da atuação prática da metodologia de ponderação e valoração que, segundo o direito vigente, disciplina a situação jurídica.¹⁷⁰

recíprocas” (...) limitação que se impõe à jurisdição ordinária (e, na verdade, à de qualquer juiz) refere-se aos assuntos sujeitos à incensurável disciplina discricionária da Administração Pública; aí, não dispõe o particular, perante esta, nem de um direito subjetivo nem de um interesse legítimo, mas quase sempre de um interesse simples, que não pode ser defendido [fatto valere] perante os juízes, assim como a estes não é consentido julgar a seu respeito. Isso é o que se chama improponibilidade absoluta (ou, melhor dizendo, inexistência) da ação.” Assim, nas causas contra a Administração Pública na Itália há competência da justiça administrativa, salvo quando essa causa se refira a um direito subjetivo do particular: “A Administração Pública geralmente não tem necessidade de ir ao juiz para obter dos cidadãos o cumprimento de suas obrigações, porque dispõe do poder de obrigá-los a obedecer aos seus atos (a chamada auto-executoriedade dos atos administrativos). Apenas quando entra em relações de direito privado com outras pessoas é que se acha em posição de igualdade com estas, devendo, se necessário, agir em juízo como qualquer outro sujeito. Muito mais freqüente porém é a possibilidade de virem os particulares queixar-se de terem sido lesados em seus direitos ou interesses por um ato da Administração Pública” **Manual de Direito Processual Civil, Vol I** 3ª. ed., Trad.e notas CANDIDO RANGEL DINAMARCO, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 33-34 e 42-44.

¹⁶⁹ - Idem, pp. 22-23.

¹⁷⁰ - Embora trate profundamente das características *vocacionais* da “*jurisdição coletiva*”, MANCUSO não chega a apresentar um *conceito* ou uma *definição* para a “*jurisdição coletiva*” à luz do conceito de jurisdição ordinária, ou seja, não chega a diferenciar *conceitualmente* a jurisdição coletiva da ordinária.

Não se trataria, portanto, de formular e atuar concretamente uma regra jurídica prevista abstratamente no direito vigente para a situação, mas sim de aplicar uma *metodologia de ponderação e valoração de interesses* para decidir sobre qual interesse deve prevalecer para disciplinar a situação jurídica conflituosa. Ainda assim, uma tal formulação da atividade jurisdicional não daria conta de todas as situações de conflitos envolvendo interesses difusos, mas apenas daqueles conflitos não filtrados previamente pelo sistema e que se manifestam como conflitos entre interesses metaindividuais. Pense-se, por exemplo, nos casos de responsabilidade por danos ambientais. A despeito da conflituosidade subjacente, a atividade jurisdicional, no caso, não é diversa da jurisdição ordinária: formular e fazer atuar a regra jurídica concreta que, segundo o direito, disciplina a situação jurídica (responsabilidade civil ambiental), no caso, impondo concretamente a obrigação objetiva de reparar o dano.

De outro lado, para que a formula da Jurisdição Coletiva implique um escopo jurisdicional efetivamente diverso, seria preciso aceitar a premissa de que a ponderação e valoração de interesses (notadamente proporcionalidade e razoabilidade) possam funcionar como elemento central da atividade jurisdicional, ou seja, substituir a *aplicação da vontade da lei* no caso concreto por uma regra de *formulação casuística da vontade da lei* no caso concreto.

Mas, nesse caso, permanece como problema saber se atribuir a órgãos jurisdicionais funções que não se coadunam com a função jurisdicional típica pode ainda ser pensada como espécie de jurisdição. É um problema análogo àquele tratado pela dogmática processualista no que tange à jurisdição voluntária que, não exercendo a função jurisdicional, não pode ser considerada jurisdição.¹⁷¹

¹⁷¹ - Nesse sentido, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE aponta que “*A atividade jurisdicional do Estado age substitutivamente, ou seja, substitui as partes que não atuaram de maneira espontânea e a regra de direito material. E seu escopo imediato é manter a integridade do ordenamento jurídico violado ou ameaçado. Trata-se da denominada jurisdição contenciosa (...) A denominada jurisdição voluntária (arts. 1.103 a 1.210), porque ausentes esses elementos conceituais, não configura atividade tipicamente jurisdicional. Nem seria voluntária, pois somente atua mediante provocação (...) Há quem considere a jurisdição voluntária atividade substancialmente diversa da jurisdicional e da administrativa, ou seja, uma categoria distinta que reúne determinadas características comuns aos atos estatais em geral, exercida por órgãos jurisdicionais. Prevalece o entendimento, todavia, de que jurisdição voluntária é atividade substancialmente administrativa, exercida por órgãos jurisdicionais. O legislador entregou à proteção do Estado determinados interesses privados, que são relevantes também para ele, impondo-se a cooperação de um órgão público para controlá-los. O simples fato de tal atividade ser atribuída ao juiz não é suficiente para torná-la jurisdicional. Mais correta, portanto, é a definição de jurisdição voluntária como “administração pública de direito privado”. Tende ela a constituir relações novas, enquanto a contenciosa realiza relações já existentes”.* (Coord. ANTONIO CARLOS MARCATO) **Código de Processo Civil interpretado**, São Paulo: Atlas, 2004, pp. 2592-2593.

No caso da “*jurisdição voluntária*” a atribuição de função administrativa aos órgãos jurisdicionais não aparece como problemática porque inexistente um conflito a ser pacificado: situação que demandaria a atividade tipicamente jurisdicional.

Já no caso da “*jurisdição coletiva*”, em que há um conflito de natureza política (poder de participação em um interesse indivisível), vincular a solução desses conflitos à formulação casuística (proporcional e razoável) de regras, princípios e mandamentos de otimização por órgãos jurisdicionais, que dispõem apenas dos instrumentos típicos da atividade jurisdicional (decisão judicial) – ainda que com eficácia expandida (*erga omnes*) – aparece problemático, porque prejudica a autonomia do sistema jurídico e a própria tutela jurídica dos interesses difusos, que se torna dependente de força política, como se pretende demonstrar ao longo do presente estudo.

Caberia à teoria jurídica, com apoio nos seus paradigmas teóricos e marcos epistemológicos, enquanto instância de reflexão da dogmática, fornecer os elementos necessários para a solução dessa problemática ou, ao menos, que possibilitem a percepção tanto de seus efeitos negativos quanto dos positivos.

Contudo, como se pretende demonstrar a seguir, as semânticas teóricas desenvolvidas à luz do paradigma do Direito Social (que conclama o sistema jurídico à resolução das crises na sociedade), no marco epistemológico hermenêutico (que afere a juridicidade a partir de critérios extra-jurídicos), acabam por potencializar o encaminhamento da conflituosidade à decisão jurisdicional.

Assim, instâncias teóricas reflexivas da dogmática dos interesses difusos, particularmente a semântica do Acesso à Justiça e o dirigismo constitucional, informam as construções dogmáticas apenas no sentido da expansão do sistema jurídico, potencializando a problemática aqui introduzida.

Isso ocorre, como se verá mais adiante, pela falta da capacidade de auto-observação dos paradigmas teóricos e epistemológicos que servem de apoio a essas teorias, lhes incapacitando de considerar os limites do sistema jurídico em relação aos demais sistemas sociais.

III.3. – TEORIA DOS INTERESSES DIFUSOS: Acesso à Justiça

O desenvolvimento das teorias jurídicas acerca dos interesses difusos, bem como das ramificações processuais e materiais da sua dogmática jurídica, surge fortemente associado a uma semântica de origem italiana e que exerceu grande influência na teoria jurídica a partir dos anos 70, sobretudo nos países de tradição romano-germânica, incluindo o Brasil, que é a semântica do *Acesso à Justiça*.

Como já dito, a idéia de semântica (discurso sobre), melhor que a de “*natureza jurídica*”, busca agregar a interdisciplinaridade das construções teóricas (*portanto contingentes e não descobertas em um direito natural*) voltadas para a melhora das estruturas jurisdicionais em seus mais diversos âmbitos: institucional, burocrático, político, jurídico-processual, social, etc. O desenvolvimento da semântica do Acesso à Justiça é acompanhado, também na Itália e com forte repercussão no Brasil, do florescimento do estudo acerca dos interesses difusos e coletivos, como observa ADA PELLEGRINI GRINOVER.¹⁷²

A semântica do Acesso à Justiça transita entre a sociologia jurídica (administração da justiça), o direito processual civil (universalidade da jurisdição e instrumentalidade do processo) e também o direito constitucional (direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição), compondo, junto com a dogmática dos direitos fundamentais de terceira geração, o núcleo teórico atual dos interesses metaindividuais.

Trata-se aqui de, mais uma vez dentro do paradigma do Direito Social e do marco epistemológico hermenêutico, considerar como o direito pode responder à crise do próprio direito e, mais especificamente, à crise estrutural do Poder Judiciário.

¹⁷²- Segundo explica ADA PELLEGRINI GRINOVER, “*O estudo dos interesses coletivos ou difusos surgiu e floresceu na Itália nos anos setenta. DENTI, CAPPELLETTI, PROTO PISANI, VIGORITI, TROCKER, anteciparam o Congresso de Pavia de 1974, que discutiu seus aspectos fundamentais, destacando com precisão as características que os distinguem: indeterminados pela titularidade, indivisíveis com relação ao objeto, colocados a meio caminho entre os interesses públicos e os privados, próprios de uma sociedade de massa e resultado de conflitos de massa, carregados de relevância política e capazes de transformar conceitos jurídicos estratificados, como a responsabilidade civil pelos danos causados no lugar da responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos, como a legitimação, a coisa julgada, os poderes e a responsabilidade do juiz e do Ministério Público, o próprio sentido da jurisdição, da ação, do processo (...). Nesse sentido, de um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se ao sistema das class actions da common law, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente*”. **Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos**, op. Cit. p. 17.

A expressão *acesso à justiça*, como apontam CAPPELLETTI e GARTH, é de difícil definição, mas aponta e determina as finalidades auto-impostas do sistema jurídico: ser acessível a todos e produzir resultados justos (para todos).¹⁷³

Segundo esses autores, com o exponencial aumento de tamanho e complexidade da sociedade ao longo do século XX, fez-se cada vez mais presente a necessidade de superar o individualismo do Estado liberal e reconhecer-lhe um novo papel.

Novos movimentos sociais e novos riscos e perigos coletivos, típicos da sociedade de massas,¹⁷⁴ fizeram emergir não só um papel mais atuante para o Estado, como também a declaração de novos direitos substanciais, mais coletivizados, mais socializados, mais adequados à sociedade de massas emergente e seus novos tipos de conflitos de interesse.¹⁷⁵

¹⁷³- MAURO CAPPELLETTI e BRYANT GARTH. Segundo os autores a expressão é “*de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo*”. **Acesso à Justiça**. op. cit. p. 08.

¹⁷⁴- Em conhecida passagem de outra obra diz CAPPELLETTI que “*não é preciso ser sociólogo de profissão para reconhecer que a sociedade (poderemos usar a ambiciosa palavra: civilização?) na qual vivemos é uma sociedade ou civilização de produção em massa, de troca e de consumo de massa, bem como de conflitos ou conflitualidades de massa. (...) Daí deriva que também as situações de vida, que o Direito deve regular, são tornadas sempre mais complexas, enquanto por sua vez, a tutela jurisdicional – a Justiça será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais freqüente contra violações de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se, em outras palavras, de violações de massa.*” **Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil**, in Revista de Processo, vol. 5, separata.

¹⁷⁵- Assim, afirmam CAPPELLETTI e GARTH que “*À medida que as sociedades do laissez-faire cresceram em tamanho e complexidade, o conceito de direitos humanos começou a sofrer uma transformação radical. A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas declarações de direitos típicas dos séculos dezoito e dezenove. O movimento fez-se no sentido de reconhecer os direitos e deveres sociais dos governos, comunidades, associações e indivíduos. Esses novos direitos humanos, exemplificados pelo preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, são, antes de tudo, os necessários para tornar efetivos, quer dizer, realmente acessíveis a todos, os direitos antes proclamados. Entre esses direitos garantidos nas modernas constituições estão os direitos ao trabalho, à saúde, à segurança material e à educação. Tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos. Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do welfare state têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substanciais em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos*”. **Acesso à Justiça**, op. cit. pp. 10-11.

Essas mudanças, contudo, se tornariam inócuas na medida em que os instrumentos técnico-jurídicos de que os indivíduos e as coletividades dispõem não comportassem a instrumentalização dessas garantias para efetivar os novos direitos, bem como, na medida em que os mecanismos de seletividade da estrutura judiciária (custos, procedimentos, tempo do processo, etc.) se configuram mais como barreiras do que como caminhos. Vale dizer, em uma sociedade que se descreve como sociedade de massas, com conflitos de massa, o direito se passa a se descrever como obrigado a comportar a solução desses conflitos.¹⁷⁶

As próprias ciências jurídicas (por meio das quais o direito descreve a si mesmo), notadamente a ciência processual, passam de um caráter descritivo-analítico para assumir uma postura crítica em relação ao direito e em relação a si mesmas. A teoria geral do direito, e particularmente a teoria geral do processo, passam a discorrer sobre si mesmas (e não apenas sobre a lei ou institutos), fortalecendo a diferença entre teoria e dogmática, e permitindo formular o *direito ao direito* como um direito fundamental.¹⁷⁷

Importante ainda consignar que a problemática do acesso à justiça transcende a questão dos interesses difusos. Ela está fortemente comprometida com a busca da adequação da prestação jurisdicional do ponto de vista do consumidor da justiça.¹⁷⁸

¹⁷⁶- Também ADA PELLEGRINI GRINOVER analisa dessa perspectiva a questão do acesso à justiça e dos conflitos metaindividuais: “*A análise macroscópica da sociedade contemporânea revela alguns dados extremamente preocupantes na administração da Justiça. Não última, certamente, é a verificação da existência de um número cada vez maior de conflitos de interesses, não adequadamente solucionados, ou nem mesmo submetidos à apreciação jurisdicional. De um lado, a sociedade de massa gera conflitos de natureza coletiva ou difusa, dificilmente tratáveis segundo os esquemas clássicos da processualística de caráter individualista; do outro lado, a lentidão e o custo do processo, a complicação e a burocracia da Justiça, afastam o detentor de interesses indevidamente considerados ‘menores’, contribuindo para aumentar a distância entre o cidadão e o Poder Público, exacerbando a litigiosidade latente e desacreditando a Justiça, com conseqüências sempre perigosas e freqüentemente desastrosas*”. **Novas Tendências do Direito Processual**, 2ª edição, São Paulo: Forense Universitária, 1990, pp. 205-206.

¹⁷⁷- Por isso, afirmam CAPPELLETTI e GARTH que “*O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos*”. **Acesso à Justiça**, op. cit. p. 12.

¹⁷⁸- Explica KAZUO WATANABE que “*a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Uma empreitada assim ambiciosa requer, antes de mais nada, uma nova postura mental. Deve-se pensar na ordem jurídica e nas respectivas instituições, pela perspectiva do consumidor, ou seja do destinatário das normas jurídicas, que é o povo, de sorte que o problema do acesso à Justiça traz à tona não apenas um programa de reforma como também um método de pensamento, como com acerto acentua Mauro Cappelletti*”. **Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, in Participação e Processo**, (Coord. ADA PELLEGRINI GRINOVER, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO e KAZUO WATANABE), São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

A inadequação na relação entre o que legitimamente se espera do Judiciário e aquilo que suas estruturas proporcionam se verifica também quanto aos interesses individuais, seja por conta das custas do processo ou por conta de uma desigualdade material, refletida na própria capacidade de perceber interesses e disposição a demandar em juízo os próprios direitos.¹⁷⁹ É nesse contexto que CAPPELLETTI e GARTH constatam que, dentre os principais obstáculos ao acesso à justiça, estão (a) o *custo do processo*, sendo que muitas causas não são levadas ao Judiciário por conta da desproporção entre o custo e tempo do processo em face da valoração do próprio interesse da parte; e (b) o *desequilíbrio material entre as partes*, que não são iguais em recursos financeiros, aptidão para reconhecer e para defender seus interesses em juízo. Surge como *mais um obstáculo*, (c) a problemática da defesa de *interesses difusos*, ou seja, sem um titular personalizado.

Nesse particular, os obstáculos dizem respeito, além da questão do custo do processo e do desequilíbrio entre as partes, à problemática da dispersão do interesse (quem se interessará pela defesa desses interesses?)¹⁸⁰ e da adequação dos instrumentos processuais para esses conflitos. Ademais, essas demandas também encontram obstáculos no acesso ao sistema jurídico pela dificuldade de organização e de estímulo para atuação das coletividades organizadas em demandas envolvendo direitos difusos, normalmente anti-econômicas, como o notório caso das demandas ambientais.¹⁸¹

¹⁷⁹- Sobre a amplitude dessa semântica observa KAZUO WATANABE que “O direito de acesso à Justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; são dados elementares desse direito: (1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à afeição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do País; (2) direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; (3) direito à efetiva tutela de direitos; (4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características”. Idem pp. 128 e 135.

¹⁸⁰- Sobre a questão da dispersão dos interessados, v. MAURO CAPPELLETTI, **Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil**, in Revista de Processo, op. cit.

¹⁸¹- Os autores se apóiam nos estudos de MANCUR OLSON sobre psicologia coletiva e a ação humana coletiva. Segundo esse autor, nas coletividades, o típico indivíduo utilitarista age segundo seu próprio interesse, buscando sempre maximizar seu benefício pessoal dentro das coletividades organizadas. Assim, a finalidade das coletividades organizadas, como associações de moradores, sindicatos ou clubes, acabaria se confundindo com a promoção dos interesses comuns – individualistas – de seus membros. Segundo OLSON a atuação coletiva coordenada tem origem no reconhecimento consciente de interesses comuns, composta portanto por ações racionais (meio para atingir fins). OLSON estabelece três situações-tipo em que os indivíduos podem estar frente à ação coletiva. A primeira é aquela em que os membros do grupo não reconhecem ainda o interesse comum, ou já o fizeram mas os custos da ação são maiores que os benefícios que ela trará. Nesse grupo a possibilidade de ação coletiva é nula. A segunda situação é aquela em que os membros já compartilham objetivos, mas os custos para sua obtenção são da mesma intensidade dos benefícios que ela trará. São grupos semi-organizados, onde a possibilidade de ação é baixa. Na terceira situação os benefícios da ação são maiores que seus custos. Esse grupo com alta possibilidade de ação coletiva. **A Lógica da Ação Coletiva**, São Paulo: Edusp, 1999. Note-se que já

Daí o sentido das *ondas* de reformas visando a melhorar o acesso à justiça, ou seja, superar em diferentes enfoques esses obstáculos, estando a construção dos interesses difusos como direitos (protegidos juridicamente) na segunda *onda* do movimento pelo acesso à justiça.¹⁸²

Trata-se, nessa segunda onda, de propiciar instrumentos jurídicos que não apenas viabilizem a defesa dos interesses metaindividuais, como também sejam capazes de estimular a sua defesa em juízo. Por isso grande parte das revoluções dogmáticas concentra-se na reconstrução do processo civil e da função jurisdicional, bem como na construção de um novo processo civil mas adequado à coletivização de demandas.¹⁸³

Tratava-se então de recriar os conceitos de legitimidade processual ativa – para fundamentar a legitimidade dos corpos intermediários da sociedade para agir em juízo na tutela de interesses despersonalizados; função jurisdicional – para que a atividade do Estado-jurisdição possa ir além da solução dos conflitos inter-individuais; coisa julgada – para que essa atividade seja conceitualmente apta a atingir os terceiros que não figuraram como parte no processo; custas processuais – para que a demanda seja economicamente viável ao legitimado; representação em juízo; interesse de agir e outros, para tornar a jurisdição *processualmente* acessível a todos, ou seja, a todos interesses.

existiam coletividades e associações antes da existência dos modernos instrumentos processuais para a demanda coletiva. A colocação de CAPPELLETTI e GARTH, nesse ponto, é que, não só não havia instrumentos técnico-jurídicos adequados mas como também era necessário criar modos de estimular as coletividades a defender interesses difusos que, economicamente, podem não ser diretamente interessantes. **Acesso à Justiça**, op. cit., pp. 15-30.

¹⁸²- Afirmam os autores que “o recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira ‘onda’ desse movimento novo - foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses ‘difusos’, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso à justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo”. **Acesso à Justiça**, op. cit., p. 31.

¹⁸³- Nesse sentido, ADA PELLEGRINI GRINOVER: “não bastava reconhecer os direitos de solidariedade. Era preciso que o sistema jurídico os tutelasse adequadamente, assegurando sua efetiva fruição. Da declaração dos novos direitos era necessário passar à sua tutela efetiva, a fim de se assegurarem concretamente as novas conquistas da cidadania. E como cabe ao direito processual atuar praticamente os direitos ameaçados ou violados, a renovação fez-se sobretudo no plano do processo. De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se no sistema das *class actions* da *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente”. **Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos**, op. cit. p. 18.

O processo civil tradicional não podia dar conta de tutelar interesses difusos, despersonalizados, porque era voltado para conflitos entre partes que representavam seus próprios interesses, em regra podendo escolher entre renunciar a eles ou não. Nesse cenário, as regras de legitimidade para agir – *ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio* – se mostravam um obstáculo.¹⁸⁴

No caso da legislação brasileira, essas reformas processuais se deram de modo bastante amplo, sobretudo a partir da década de 1980. Já em 1977, reformou-se a lei da ação popular, que passou a viabilizar pretensões de defesa dos bens e direito de valor artístico, estético, histórico ou turístico. A Política Nacional do Meio Ambiente, em 1981, legitimou o Ministério Público às ações de responsabilidade penal e civil por danos causados ao meio ambiente. Posteriormente, em 1985, a lei da ação civil pública veio a regulamentar a tutela processual, essencialmente na dimensão indivisível dos interesses metaindividuais, portanto difusos e coletivos.¹⁸⁵ A Constituição Federal de 1988 elevou a defesa dos interesses coletivos à categoria constitucional, ampliou o objeto da ação popular (art. 5º, LXXIII), bem como deu nova feição ao Ministério Público, institucionalmente legitimado à defesa dos interesses sociais indisponíveis (arts. 127 e 129), e às associações civis (art. 5º, XXI), além de criar o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX).

¹⁸⁴ - Como colocam CAPPELLETTI e GARTH, “*A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares (...) Uma vez que nem todos os titulares de um direito difuso podem comparecer a juízo – por exemplo, todos os interessados na manutenção da qualidade do ar, numa determinada região – é preciso que haja um representante adequado para agir em benefício da coletividade, mesmo que os membros dela não sejam citados individualmente. Da mesma forma, para ser efetiva, a decisão deve obrigar a todos os membros do grupo, ainda que nem todos tenham tido a oportunidade de serem ouvidos. Dessa maneira, outra noção tradicional, a da coisa julgada, precisa ser modificada, de modo a permitir a proteção judicial efetiva dos interesses difusos*”. **Acesso à Justiça**, op. cit., p. 49-50.

¹⁸⁵ - Cf. ADA PELLEGRINI GRINOVER, **Significado Social, Jurídico e Político da Tutela dos Interesses Difusos**, op. Cit. p. 19. Ainda, segundo a autora “*a ação popular não tinha condições de cobrir o amplo espectro da tutela dos interesses difusos, nem mesmo pelo que respeitava ao meio ambiente, uma vez que seu exercício ainda permanece subordinado a uma ilegalidade proveniente da conduta comissiva ou omissiva do Poder Público, enquanto a ameaça ou violação dos interesses difusos freqüentemente provém de ações privadas. Por outro lado, a legitimação, atribuída exclusivamente ao cidadão, excluía os corpos intermediários, mais fortes e preparados do que o indivíduo à luta contra ameaças ou lesões ambientais*”. Idem, ibidem.

Em 1990 o Código de Defesa do Consumidor veio conferir tratamento mais pormenorizado ao processo coletivo, ampliou o objeto da ação civil pública, conceituou os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único), bem como trouxe regras para regulamentação da legitimação para agir (art. 82), competência para propor a demanda (art. 93); execução coletiva (arts. 95, 97 e 98); regulamentou o *fluid recovery* (art. 99); a coisa julgada *erga omnes* (art. 103), bem como o seu transporte *in utilibus* para as demandas individuais e a concorrência destas com demandas coletivas (art. 104).

Pode-se assim observar, com BARBOSA MOREIRA, que “*o Brasil pode orgulhar-se de ter uma das mais completas e avançadas legislações em matéria de proteção de interesses supraindividuais*” sendo certo que se a tutela desses interesses ainda é insatisfatória “*não é a carência de meios processuais que responde*”.¹⁸⁶

Essa precisa observação – com a qual se concorda incondicionalmente – pode ser alocada junto ao núcleo duro do presente trabalho na forma de uma inquietante indagação: se o problema da eficácia da tutela dos interesses difusos não pode ser atribuído à carência de meios processuais, a o que então se pode atribuí-lo?

A resposta parece poder ser relacionada justamente com o problema da relação entre a dogmática processual dos interesses difusos e as suas instâncias de reflexão teórica e epistemológica, que tratam o problema da conflituosidade interna dos interesses difusos como um problema de expansão do sistema jurídico: reproduzindo a conflituosidade na decisão jurisdicional, que acaba perdendo em eficácia.

A semântica do Acesso à Justiça, enquanto instância de reflexão da dogmática, a conduz à construção de instrumentos de ampliação do acesso, tais como a legitimação para agir dos corpos intermediários e a coisa julgada *erga omnes* e *secundum eventum litis*, tidas como essenciais à “*jurisdição coletiva*”. Esses instrumentos são uma forma de adaptação dos instrumentos da jurisdição a um sistema jurídico expandido. A chave dessa ampliação proporcionada pela semântica do Acesso à Justiça, no caso dos interesses difusos (a segunda onda renovatória), parece estar relacionada à equiparação funcional entre interesses e direitos difusos à luz da racionalidade do Estado de Bem-Estar.

¹⁸⁶ - JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, **Ação Civil Pública e a Língua Portuguesa**, in **Ação Civil Pública: lei 7.347/85 – 15 anos** (coord. Edis Milaré). 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 345.

III.3.1. – Acesso à Justiça: interesse e processo no Estado de Bem-Estar

A idéia de expansão do sistema jurídico, contida na semântica do acesso à justiça, e às vezes identificada equivocadamente com a idéia de eficácia das decisões judiciais, pode ser vista como fruto de uma racionalidade política, jurídica e social específicas, à qual se pode denominar racionalidade do Estado de Bem-Estar.¹⁸⁷ É a partir dessa racionalidade que a teoria jurídica e a dogmática processual repensam a si mesmas para permitir repensar-se o próprio processo civil, constituindo a semântica da *instrumentalidade*. Repensar a função da jurisdição e do Judiciário insere-se no repensar da função do Estado.¹⁸⁸

O Estado de Bem-Estar, enquanto organização política, se caracteriza por conferir prestações sociais a determinadas camadas da coletividade tidas em desvantagem e se obrigar a garantir um padrão vital mínimo dessas prestações como um direito público subjetivo, não como caridade.¹⁸⁹ Por isso a noção de Estado de Bem-Estar não se confunde com a de Estado Social, que é um estado que reage frente às conseqüências sociais da industrialização com medidas de previdência e assistência social. A lógica da racionalidade do Estado de Bem-Estar pode ser pensada como uma lógica de *compensação*.¹⁹⁰

¹⁸⁷ - RONALDO PORTO MACEDO JR. adverte que: “Na literatura sobre o assunto no Brasil o conceito de Estado do Bem-Estar muitas vezes é identificado ao Estado Assistencial. Entendo, contudo, que o Welfare State define um tipo de arranjo institucional específico e historicamente determinado, que surge juntamente com valores e racionalidade próprias”. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor**, São Paulo, Max Limonad, 1998, p.42, nota de rodapé 20.

¹⁸⁸ - A síntese entre a idéia de Estado de Bem-Estar, Acesso à Justiça e Instrumentalidade do Processo é encontrada com perfeição na festejada obra de CANDIDO RANGEL DINAMARCO, expoente máximo do pensamento instrumentalista do processo no Brasil. Diz o jurista em suas conclusões: “Tudo quanto foi dito ao longo da obra volta-se a essa síntese muito generosa que na literatura moderna leva o nome e acesso à justiça. Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vista a fazê-las mas felizes (ou menos infelizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas.” **A Instrumentalidade do Processo**, 12^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 372-373. A idéia de tornar as pessoas mais felizes (*the pursuit of happiness* como um direito fundamental) é o conceito simbólico central da legitimação do Estado de Bem-Estar, que afeta também as condições de legitimação da Jurisdição Poder.

¹⁸⁹ - Como define HAROLD L. WILENSKI, “A essência do Estado de Bem-Estar é o fornecimento governamental de patamares mínimos de nutrição, saúde, habitação e educação, assegurados para todo cidadão como um direito público subjetivo, não como caridade”. **The Welfare State and Equality: Structural and Ideological Roots of Public Expenditures**, Berkley, California, 1975, p.1.

¹⁹⁰ - Segundo NIKLAS LUHMANN: “Si es posible hablar de una lógica del Estado de Bienestar, ésta solo puede ser comprendida mediante el principio de compensación. Se trata de la compensación de aquellas desventajas que recaen sobre cada cual como consecuencia de un determinado sistema de vida. La experiencia nos enseña, sin embargo, que el concepto de la compensación tiende a universalizarse, ya que según como se formulen los problemas, todas las diferencias pueden ser compensadas y aun así, siempre quedan diferencias o aparecen nuevas carencias que, a su vez, exigen ser compensadas. Cuando todo debe ser compensado, habrá de serlo también el mismo compensar”. NIKLAS LUHMANN, **Teoría Política en el Estado de Bienestar**. Trad. Fernando Vallespín, 3^a impr., Madrid: Alianza Universidad, 2002, p.31.

O Estado de Bem-Estar busca compensar, por meio de políticas públicas, as desvantagens que recaem sobre os indivíduos, uns em relação aos outros, em um determinado âmbito da vida, tornando-os mais felizes (ou menos infelizes). Essa racionalidade pode ser compreendida a partir do conceito sociológico de *inclusão*. Esse conceito se refere ao acesso das diversas camadas da população às prestações extraíveis a partir do funcionamento dos diferentes sistemas sociais.¹⁹¹

Esse fenômeno sociológico tem também sua localização histórica, verificada na passagem da sociedade estratificada à sociedade moderna, funcionalmente diferenciada. Se nas sociedades antigas, estratificadas, a cada pessoa (ou família) era conferido um estatuto de pertinência (nobre, eclesiástico, camponês), a partir do qual o indivíduo se localizava e integrava socialmente, na sociedade moderna, funcionalmente diferenciada, com o fim das estratificações, os antigos problemas de desigualdade se transformam em problemas de acesso/inclusão nos sistemas funcionais.

Desse modo, todo indivíduo *pode ser* sujeito de direitos, *pode* ter acesso à educação, *pode* explorar atividades econômicas, *pode* obter lucro e adquirir bens, o que seria impensável na sociedade estratificada, em que a condição de nobre, por exemplo, era determinante para o exercício de outros papéis na sociedade.

Assim, por exemplo, no sistema econômico, a inclusão se dá pelos programas do liberalismo, que contam com a moeda como meio de comunicação pelo qual *todos podem comprar qualquer coisa* e a liberdade de atividade econômica, pela qual todos podem trocar bens e serviços por papel-moeda.

¹⁹¹ - Como explica LUHMANN, “*El concepto de inclusión significa la incorporación de la población global a las prestaciones de los distintos sistemas funcionales de la sociedad. Hace referencia, de un lado, al acceso a estas prestaciones y, de otro, a la dependencia que de éstas van tener los distintos modos de vida individuales. En la medida en que se va realizando la inclusión, irán desapareciendo aquellos grupos que no participan de la vida social, o lo hacen sólo marginalmente. La distribución de la población según su grado de participación, pasa a un segundo plano (aunque ahora también las capas más altas, quizá se distinguen por una mayor participación en todos los dominios funcionales), y en su lugar aparece la multitud de los hombres universal e igualmente relevantes, que asumen roles complementarios en los distintos sistemas funcionales (...) Es obviamente imposible atribuir a las personas al sistema de la religión, la economía, la ciencia, la educación y la política, de forma que cada individuo habite únicamente en uno de ellos. El lugar del antiguo orden lo ocupan las reglas de acceso. El hombre, entanto que individuo, vive fuera de los sistemas funcionales, pero cada uno debe tener acceso a cada sistema funcional siempre y en tanto que su modo de vida le exija el recurso a las funciones sociales. Desde la perspectiva del sistema social, esta pretensión se formula con el principio de la inclusión. Todo sistema funcional incorpora a toda la población pero solo en aquellos aspectos de su modo de vida que posean la respectiva relevancia funcional. Todos gozan de capacidad jurídica y protección legal, todos reciben educación escolar, todos pueden adquirir o gastar dinero, etc*”. Idem, p. 48-49.

No sistema jurídico *todos podem ser titulares de qualquer direito*, as condições para tanto são determinadas apenas pelo próprio direito (não pela condição de nascença, nem pela condição econômica ou política), assim como as condições para ter papel-moeda são determinadas apenas pelo mercado. Já no sistema político, os mecanismos democráticos de participação fazem com que *todos possam eleger e serem eleitos*. O pluripartidarismo permite que todo tipo de interesse seja conduzido para o interior das esferas de tomadas de decisão, legitimadas pelos procedimentos democráticos.

É a inclusividade total de toda a população nas esferas do poder político, por meio da democracia, que torna possível o incremento das prestações sociais às quais o Estado se descreve como obrigado a fornecer como direitos públicos subjetivos. Essa inclusividade, contudo, implica a ilimitação dos objetivos Estatais.¹⁹²

Nesse cenário, a periodicidade dos mandatos e as plataformas políticas criam constantemente novas metas para o Estado de Bem-Estar e expectativas da população, que se transformam em interesses e são tratadas como direitos demandáveis.¹⁹³

¹⁹²- Segundo LUHMANN: “*La incorporación de aspectos cada vez más amplios del modo de vida en el ámbito de las prestaciones políticas se ha ido desarrollando gradualmente; discurre de modo paralelo a la diferenciación del sistema político, y es condicionada por ella. El primer paso del recién constituido Estado territorial consistió en garantizar la segura protección jurídica sobre una determinada área geográfica. El poder político fue definido teóricamente (desde Bártolo) como jurisdicción. En la medida en que se le incorporaron los rasgos de la legislación y la acción fiscal y se pudo disponer con ello también de las condiciones de la estatalidad, entra en este círculo dispositivo el problema de la incorporación de la población. Se resuelve con la participación activa del pueblo en la democracia parlamentaria. Pero la realización de la democracia significa el fin del objetivo limitado del Estado*”, **Teoría Política en el Estado de Bienestar**, op. cit. p.49.

¹⁹³- Por esse motivo, “*se deriva la incorporación cada vez mayor de necesidades e intereses de la población en la esfera de los temas políticos posibles. Los políticos, al tener que ganarse la aprobación del pueblo por su gestión, tuvieron que velar por atenderse a los intereses del electorado, proyectar mejoras, referirse a problemas; y la artificialidad creciente de las condiciones de vida tras la revolución industrial les dotó de motivos más que suficientes a este respecto. La inclusión política no tiene por qué garantizar una pretensión jurídica a todos los aspectos de la vida. Sin embargo, su semántica se ha desplazado ya claramente de caridad a pretensión. No se corresponde a la autoconsciencia del ciudadano libre (esto es: a las organizaciones de intereses) el reclamar beneficios. Esto equivale a aceptar el rechazo por anticipado. Se exige y no se está resignado. Esta forma de proceder corresponde a las exigencias de presentación propias de la lucha por la afirmación política, y la correspondiente evaluación es asumida por las instancias de distribución. No hay que sorprenderse, entonces, de que si ya no hay más beneficios no existe tampoco la ingratitud*”. Idem, p.50. Em sentido bastante similar a análise sociológica de KAZUO WATANABE que, embora declaradamente dirigida para a sociedade brasileira da década de 80, detecta com precisão esse problema estrutural do Estado de Bem-Estar: “*Têm sublinhado os cientistas políticos, com inegável acerto, a ineficácia da estratégia adotada pelos ocupantes do poder na tentativa de administrar tais contradições sem qualquer reforma estrutural. A estratégia tem consistido, basicamente, em concessão de novos direitos sociais às classes sociais em geral e em especial às classes mais desfavorecidas, tudo isso representando um elevado custo para o Estado, que o obriga a intervir mais e mais, sempre com vistas à captação de mais recursos financeiros (...) O grave é, porém, que muitos desses direitos não são honrados, de todo ou parcialmente (confira-se, a propósito, o que tem ocorrido nas áreas previdenciária e de infelizmente), o que tem gerado conflitos de interesses, muitos dos quais*

Além de implicar a ampliação ilimitada das expectativas, interesses e direitos, a total inclusividade da população no sistema político pressupõe a igual capacidade de utilizar-se dos mecanismos democráticos para formular e defender interesses. Assim, a inclusividade formaliza a igualdade de possibilidades mas não elimina a heterogeneidade dos interesses de cada indivíduo (para se tornar mais feliz, ou menos infeliz), nem as diferenças efetivas entre indivíduos na própria capacidade de perceber e mesmo de formular seus próprios interesses.¹⁹⁴

Diante da lógica compensatória que orienta a racionalidade do Estado de Bem-Estar, a ocorrência de qualquer desigualdade de possibilidades (desvantagem) se converte em um problema de compensação. A desigualdade na capacidade de perceber, formular e defender os próprios interesses é vista pelo Estado de Bem-Estar do mesmo modo que ele vê todos os seus problemas: uma questão de compensação.¹⁹⁵ Trata-se então de compensar desvantagens referentes à percepção, formulação e defesa de interesses.

Nesse ponto, vale a pena lembrar que o conceito de interesse, na tradição oitocentista, relacionava-se a algo que só o indivíduo interessado é capaz de valorar. Somente o interessado pode dizer se possui ou não determinado interesse sobre um determinado bem que lhe satisfaz (se interpõe) ou não uma determinada necessidade (CARNELUTTI).¹⁹⁶ Na tradição oitocentista, a idéia de participação política pressupõe o conceito de interesse. A decisão política é uma decisão acerca de quais necessidades serão atendidas em detrimento de outras, conforme decisão decorrente de procedimento político do qual participam interessados com iguais condições de perceber, formular e defender, politicamente (influenciando as decisões dos demais), seus interesses.

encaminhados ao Poder Judiciário. Há a constatar, demais disso, que inúmeros direitos sociais (os pertinentes à habitação, ao emprego, à instrução e à reforma agrária por exemplo) têm sido prometidos em palanques públicos e em plataformas de governo, o que vem gerando expectativas e ansiedades sociais. Mais do que isso, vem criando nos mais humildes, a consciência do direito a uma vida de melhor qualidade, pois os discursos políticos que ouvem são todos nesse sentido” in Acesso à Justiça e Sociedade Moderna, op. cit. pp. 129-130.

¹⁹⁴ - Fator que não passa despercebido pelo diagnóstico luhmaniano: “No se puede presuponer seriamente que cada cual posea un interes propio en la eliminación de las desigualdades más relevantes – piénsese, por ejemplo, en la desigualdad en educación. Siegue siendo un problema el que la capacidad de tener intereses (no solo de formularlos y de conseguir imponerlos) se distribuye de modo desigual. Pero las planificaciones del Estado de Bienestar dirigidas a este objetivo tienen un campo de acción aún más estrecho que aquél que puede llegar a ponerse en práctica en beneficio de los intereses subordinados”. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**, op. cit. p.52.

¹⁹⁵ - Em uma analogia com a popular frase atribuída ao psicólogo americano ABRAHAM MASLOW “Se a única ferramenta que você tem é um martelo, você tende a ver todos os problemas como pregos”.

¹⁹⁶ - FRANCESCO CARNELUTTI. **Sistema di Diritto Processuale Civile**, Cedam, Pádua. 1.936, vol I, p.12.

Na tradição do Estado liberal os interesses abrangidos pelas esferas de decisão são *socialmente homogêneos* (só de determinados estratos) e disputam em igualdade de condições o *status* daquilo que, no Estado de Bem-Estar, é inferido pelas teorias sociais como *interesse social*,¹⁹⁷ ou os anseios da sociedade. No Estado liberal, o critério da maioria é suficiente para sintetizar os *anseios da sociedade*, ou o interesse social, porque a maioria é formada apenas por determinados segmentos que têm acesso ao sistema político e aos mecanismos democráticos. Somente têm acesso às pautas políticas interesses burgueses previamente autorizados dos senhores de terra, proprietários de fábricas, funcionários públicos, membros da igreja, etc. A desigualdade na possibilidade de formular interesses não é sequer tematizada pois, de fato, na esfera política desse Estado ela inexistente.

Contudo, na sociedade complexa surge o problema da inclusão de interesses heterogêneos e contrários nas mesmas esferas de tomadas de decisões acerca de interesses comuns a todos de modo indivisível.¹⁹⁸ Com isso, a desigualdade da capacidade de formular e defender interesses, invisível na sociedade estratificada, se torna visível. Essa desigualdade envolve desde a capacidade de perceber as próprias necessidades, e perceber a satisfação dessas necessidades como um interesse sobre um objeto, até a capacidade de organização para defesa desses interesses nos procedimentos democráticos e percepção de novas necessidades.¹⁹⁹ A compensação da desigualdade na *capacidade de formular* interesses se dá pela técnica da inferência universalista, que implica a noção de *interesse social*.²⁰⁰

¹⁹⁷- Não se trata aqui propriamente da noção de interesse subjacente aos direitos fundamentais de segunda geração, mas sim de uma fórmula semântica para superar o problema da heterogeneidade de interesses que o critério da maioria não suplanta na conformação de interesses a serem perseguidos pelo Estado.

¹⁹⁸- Esse problema conduz à lógica das compensações e ao próprio Estado de Bem-Estar. Compensadas essas desigualdades, outras se fazem visíveis e novas desigualdades, decorrentes das compensações, aparecem. Por isso LUHMANN afirma que “*La realización del principio de inclusión en el ámbito funcional de la política tiene como consecuencia el tránsito al Estado de Bienestar. Estado de bienestar es la realización de la inclusión política*”. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. op. cit. p. 49.

¹⁹⁹- Uma das consequências desse fenômeno é a transferência do problema da representatividade política para a educação, que deixa de ser um problema exclusivamente privado e concernente ao âmbito familiar para ser um problema público NIKLAS LUHMANN, **Teoría política en el Estado de Bienestar**. op. cit. p. 51-52.

²⁰⁰- Sobre a conformação do interesse social, explica LUHMANN que “*Como consecuencia de la inclusión de toda la población y del desarrollo cada vez más amplio de los ámbitos de la asistencia política, surge la duda sobre la madurez de los ciudadanos; y a ello se corresponde entonces el hábito de inferir intereses desde teorías científico-sociales o desde análisis estadísticos que desvelan las desigualdades. En cierto modo, pues, al disponer de sus intereses, las mismas ciencias sociales contribuyen a esa falta de madurez del ciudadano, que tanto lamentan. La inferencia, tan seductora desde una perspectiva sócio-política y práctica, de la comparación al interés es equivocada*”, **Teoría Política en el Estado de Bienestar**, op. cit. p.52.

Interesses como educação, moradia, saúde, meio-ambiente, previdência, proteção do consumidor, desenvolvimento econômico, proteção da infância, etc. são considerados como interesse dos quais toda a coletividade participa, pouco importando que existam, de fato, interesses contrários, funcionando como *lugares-comuns*, ou seja, quando suscitados, o posicionamento em contrário passa a exigir fundamentação racional.²⁰¹

A compensação da desigualdade na *capacidade de defender* interesses no âmbito político se dá pela transformação desses interesses universalizados em direitos públicos subjetivos, que podem ser exigidos do Estado e da coletividade na forma de *direito ao acesso* cujo corolário necessário é o *acesso ao direito*, ou o *acesso à justiça*.

Para tanto, o Estado, por meio das Constituições, se descreve como obrigado a zelar pelo bem-estar social e, para esses fins, destina a sua arrecadação. Por meio da Constituição, o Estado se atribui juridicamente o objetivo de proporcionar a redistribuição de renda, eliminando desigualdades materiais. Para atingir esses objetivos é necessário que o direito não apenas legitime as tomadas de decisões, mas também que o direito faça com que decisões sejam tomadas, cumpridas e atinjam os objetivos almejados.

Diante desse cenário, a teoria do direito processual, após um acentuado desenvolvimento de seus institutos dogmáticos,²⁰² volta suas preocupações para as prestações sociais que pode proporcionar. A materialização dessas prestações é viabilizada instrumentalmente por meio da ampliação do acesso à justiça, com o que o sistema jurídico proporciona a si mesmo para a sociedade como instrumento de concretização de direitos.

Obrigando-se o direito a garantir o acesso à justiça (acesso a si mesmo), e a justiça (o sistema jurídico) como instrumento para atingir as metas de bem-estar, o processo é concebido como um instrumento à disposição das pessoas da sociedade para concretizar essa vida melhor (mais felizes, ou menos infelizes).

²⁰¹ - Elidindo no caso concreto o fato de que esses lugares-comuns (*topoi*) podem também se opor entre si. Nesse sentido v. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. **Interesse Público**, disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/34> acessado em 21.6.2007.

²⁰² - CANDIDO RANGEL DINAMARCO bem observa essa mudança de ideologia “*Foram os tempos da grande escalada da técnica processual, em que gradualmente mas em breve tempo os institutos do processo foram-se revelando e foram sendo descobertas as relações entre eles (...) Hoje as idéias já bastante claras sobre a relação instrumental do processo com o mundo social e político permitem o retorno metodológico à dogmática processual, agora enriquecida e direcionada segundo a consciência dos objetivos*”. **Instrumentalidade do Processo** op. cit., p.20, nota 6.

Portanto, seguindo o paradigma do Direito Social, o sistema jurídico (e o processo que viabiliza o acesso a ele) imputa-se a obrigação de ser cada vez mais efetivo, como na sempre citada lição de CHIOVENDA: “na medida do que for praticamente possível o processo deve proporcionar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter”.²⁰³ À obrigação nada fácil de propiciar tudo o que for “praticamente possível” acrescenta-se ainda a celeridade, sob pena de ilegitimidade.²⁰⁴ A jurisdição-poder deve ser também rápida, não apenas para evitar o perecimento da sua utilidade, mas para apressar a possibilidade de sua fruição pelo jurisdicionado.

É também nesse contexto que a visão instrumentalista se torna fundamento valorativo, método de descrição e de aplicação do próprio direito processual moderno,²⁰⁵ propiciando, através da fórmula *universalidade da tutela jurisdicional + efetividade da tutela jurisdicional*²⁰⁶ a inclusão dos interesses sem titular específico e sem prévia definição do próprio conteúdo, a concretização de programas sociais e a garantia de que o direito possa acessar a si mesmo para se fazer efetivo (garantia de acesso à justiça).

A inclusão, nas esferas de tomada de decisão para a coletividade, de interesses até então não contemplados politicamente encontra, no processo civil instrumental e coletivo (universalidade + efetividade), o instrumento para fazer valer a racionalidade compensatória do Estado de Bem-Estar e compensar as suas deficiências face outros interesses politicamente mais consolidados.

²⁰³- GIUSEPPE CHIOVENDA, *Dell'azione nascente dal contratto preliminare*, n.3, In: Saggi di diritto procesuale civile. Milano, Giuffrè, 1993, v. 1, p.110.

²⁰⁴- Cfr. CARNELUTTI, “*Il valore, que il tempo há nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non sarebbe azzardato paragonare il tempo a um nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa*”. **Diritto e Processo**, 1.958, p.354 apud CANDIDO RANGEL DINAMARCO, **O Regime Jurídico das Medidas Urgentes** in Revista Jurídica. Ano 49, n. 286, Porto Alegre, Notadez, 2001, p 07. e LUIZ GUILHERME MARINONI “*A morosidade não só significa um peso muito grande para o litigante, como também inibe o acesso à justiça. A lentidão leva o cidadão a desacreditar no Poder Judiciário, o que é altamente nocivo aos fins de pacificação social da jurisdição, podendo até mesmo conduzir à deslegitimação do poder*” **Tutela antecipada e julgamento antecipado**. 5ª ed. São Paulo, RT, 2003, p. 30.

²⁰⁵- Nesse sentido, a influente obra de CANDIDO RANGEL DINAMARCO, na qual afirma. “*O significativo valor metodológico da instrumentalidade, vista assim como fator limitativo do valor do próprio sistema processual, constitui porém apenas um dos aspectos ou desdobramentos que ela é capaz de assumir ou proporcionar. O endereçamento positivo do raciocínio instrumental conduz à idéia de efetividade do processo, entendida como capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político*”. **Instrumentalidade do Processo**. op. cit., p. 326.

²⁰⁶- CANDIDO RANGEL DINAMARCO, fala em quatro pontos vitais da instrumentalidade: a) admissibilidade de pretensões em juízo; b) o modo-de-ser do processo; c) justiça das decisões; e d) efetividade do processo. Entendemos que, no que tange à tutela dos interesses metaindividuais, os pontos-chave da instrumentalidade são o primeiro e o último. **Instrumentalidade do Processo** op. cit.. p.334.

Transformados assim em interesses de toda a sociedade (lugar-comum), demandáveis na qualidade de direitos subjetivos, os interesses difusos apresentam uma intensa capacidade de agregação no nível dos programas decisórios, pois, como coloca YOSHIDA “*buscam tutelar bens jurídicos e respectivos valores que não são nem públicos, nem privados, mas da coletividade como um todo*”.²⁰⁷

Por albergar os interesses da coletividade “*como um todo*” os interesses difusos albergam também toda a conflituosidade decorrente da inclusão política de interesses contrários. O sistema busca elidir essa conflituosidade associando esses interesses a fórmulas valorativas, como ao dizer que a legislação consumerista é *de interesse social*, que a proteção da criança é de *absoluta prioridade*, e que a proteção do meio ambiente é *essencial à sadia qualidade de vida*. Essa conflituosidade acaba por conduzir ao sistema jurídico a obrigação de decidir sobre temas ainda politicamente polarizados e que acabam não sendo previamente selecionados no sistema político, transferindo-se ao sistema jurídico todo o risco da decisão, o que põe em cheque sua autonomia e diferenciação funcional. Por isso a idéia da instrumentalidade do processo, insita à semântica do Acesso à Justiça, retroalimenta o problema da conflituosidade dos interesses difusos, central na dogmática processual.

Além disso, ao que pese a consolidação do Estado de Bem-Estar, a sua insustentabilidade econômica e a insubsistência das terapias de arrocho vêm colocando em cheque o próprio modelo da racionalidade compensatória.²⁰⁸ A característica central do Estado de Bem-Estar se torna também o seu problema fundamental. Quando todas as desvantagens (que fazem as pessoas menos felizes) devem ser compensadas pelo Estado, torna-se também um problema compensar os resultados das compensações, ou seja, se torna um problema fundamental para a teoria do Estado lidar com seus próprios limites.

²⁰⁷- CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA **A Poluição em face das cidades no direito ambiental brasileiro – A relação entre a degradação social e a degradação ambiental**. Tese de doutorado. São Paulo: PUC, 2002. p. 38.

²⁰⁸- RONALDO PORTO MACEDO JR. Escreve que “*Há alguns anos, contudo, o modelo social democrata keynesiano de Welfare State dá sinais de crise e esgotamento. Os custos do sistema de Welfare clássico e a rigidez econômica que ele provoca cada vez mais se apresentam como impedimentos para a manutenção de uma política de estímulo à inovação tecnológica e à flexibilidade produtiva. Como conciliar inovação e flexibilidade com desenvolvimento social? (...) Como então conciliar Justiça Social com neoliberalismo? As alternativas para este dilema, apesar de variadas, têm em comum a dificuldade política para sua implementação ou o custo econômico e social par a sua efetivação. Elas têm oscilado desde o abandono do projeto e ideal welfarista social democrata até a insistência na manutenção do projeto social democrata original, ignorando as limitações economicamente intoleráveis que ele parece impor*”. **Contratos Relacionais e Defesa do Consumidor** op. cit. p. 22-23.

Toda prestação efetivada pelo Estado de Bem-Estar tende a gerar a necessidade de novas prestações, impondo sobre o Estado custos cada vez mais elevados, obrigando-o a manter um crescimento econômico constante ou à contenção de gastos públicos.²⁰⁹ O Estado de Bem-Estar é, assim, uma estrutura que tende a consumir-se a si mesma, e isso deveria ser levado em conta pelas instâncias reflexivas da teoria jurídica no Estado de Bem-Estar, sintetizada no paradigma do Direito Social. Assim como a teoria econômica e política devem refletir sobre os limites do Estado, também a teoria jurídica deve refletir sobre os limites da Jurisdição-Poder, sob pena do direito consumir-se a si mesmo.

Diante da frustração com a resposta dos sistemas político e econômico – crise multifacetada – e tendo-se à disposição um direito processual com tamanha capacidade de, ao menos no nível dos programas decisórios, responder com efetividade, adequação e celeridade, nada mais natural que os conflitos massificados e os problemas de exclusão social batam à porta do sistema jurídico e, com isso, não se resolvam nem política e economicamente.²¹⁰ Deposita-se na tutela dos interesses difusos a esperança da construção de uma sociedade mais justa e humana e de se atingir as metas do Estado de Bem-Estar, não se admitindo a sua restrição a nenhum dos interesses da sociedade.²¹¹

²⁰⁹- Como explica LUHMANN: *“El Estado de Bienestar se suele caracterizar generalmente como un Estado que dota de extensas prestaciones sociales a determinadas capas de la población, y que a estos efectos ha de hacer frente a nuevos costes a un ritmo cada vez más elevado. Es fácil predecir entonces que esta empresa tiene que fracasar como consecuencia de tener que satisfacer tales costes”* esclarece mais adiante que, contudo *“este diagnóstico y la correspondiente terapia del ahorro (o también, la en todo caso necesaria de un crecimiento económico constante), se limita únicamente a captar los síntomas, y no la profunda estructura social del fenómeno. Por tanto – siguiendo sobre todo a T.H. Marshall – formularemos otro concepto del Estado de Bienestar con la ayuda del concepto sociológico de la inclusión”*. **Teoría Política en el Estado de Bienestar**, op. cit., p. 47.

²¹⁰- Como observa HAMILTON ALONSO JR. *“A ação civil pública, com o objeto proposto, traz para o judiciário o debate das questões sociais. Conflituosas, sem dúvida, mas questões que necessariamente precisam ser discutidas e decididas no sentido da pacificação social (...) As demandas coletivas são uma realidade a ser enfrentada na dimensão que a nova ordem social e jurídica estabelece. A pacificação social também depende deste foro de decisão para a implementação dos direitos metaindividuais. Por meio, principalmente, da ação civil pública será possível implementar direitos fundamentais passíveis de efetivação, e que, inexplicavelmente e de forma injustificada, são negados ao corpo social”*. **A Ampliação do Objeto das Ações Cíveis Públicas na Implementação dos Direitos Fundamentais in Ação Civil Pública** – após 20 anos: efetividade e desafios (Coord. Edis Milarê) São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005, p.219

²¹¹- Nesse sentido CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA *“Não se pode efetivamente restringir a tutela dos interesses difusos às questões clássicas, como a do meio ambiente, do consumidor ou do patrimônio cultural (...) Ela deve alcançar os novos conflitos de massa, notadamente na área social, que reivindicam não apenas melhoria de condições, mas, para os excluídos, o próprio acesso aos direitos sociais básicos, entre os quais, o direito à moradia, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à educação, à segurança, à previdência e assistência sociais, ao lazer”*. **Ação Civil Pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade in Ação Civil Pública** – após 20 anos: efetividade e desafios, op. cit. p.116

Em razão da *relevância* atribuída a esses interesses pelas fórmulas valorativas, como estratégia para gerar consenso, acentuam-se as obrigações do direito quando se tratam de interesses difusos.²¹² As descrições do sistema jurídico pela teoria jurídica vão assim redefinindo os limites do próprio sistema que, seguindo a mesma lógica de compensar desvantagens, torna-se cada vez mais efetivo, mais célere e mais politizado.

Assim, a tutela jurisdicional coletiva catalisa a atuação do direito como instrumento para consecução dos programas de bem-estar.

Na medida em que os processos políticos frustram a concretização desses programas, a jurisdição coletiva permite que, por meio do processo jurisdicional, seja obtida uma decisão judicial voltada para concretizar a obrigação que o próprio Estado se havia auto-imposto, mas sem perder a sua conflituosidade intrínseca. A concepção de uma relação instrumental entre direito e sociedade, empiricamente verificável e controlável (Direito Social), reforça a garantia de expectativas normativas coletivas, calcando-se na acentuada conotação valorativa dessas expectativas.

Nesse cenário, natural que as demandas coletivas acabem por serem tidas como de meio de participação democrática, ou seja, pacificação de conflitos no sistema político não por meio dos instrumentos democráticos, mas dos instrumentos jurisdicionais.²¹³

²¹² Veja-se a colocação de CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO, que poderia facilmente ser transportada, pela referência a valores, a qualquer direito entendido como de interesse público e relevância social: “*A tutela jurisdicional adequada no âmbito das ações ambientais, por suas próprias peculiaridades e fundamentalmente por estar adstrita à defesa da vida em todas as suas formas, muitas vezes dará ensejo a uma pronta atuação por parte do Poder Judiciário diante de situações absolutamente rotineiras na defesa dos bens ambientais, em que poderá ocorrer a irreparabilidade ou mesmo a difícil reparação do direito à vida caso se tenha de aguardar o longo, penoso, mas necessário trâmite normal do processo de cognição em decorrência do que determina o devido processo legal constitucional*”. **Princípios do Processo Ambiental**, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 100.

²¹³ - Cfr. CANDIDO RANGEL DINAMARCO, “*A instituição da ação popular e da tutela jurisdicional ao meio-ambiente entre nós (...) constitui a instrumentação técnico-processual de garantias constitucionais antes mal concretizadas (...) São meios de permitir aos indivíduos a almejada participação, seja pelo canal das associações em que eles se reúnem e que ficam a meio caminho entre o indivíduo e o Estado (daí serem entidades intermediárias), seja através dos agentes estatais que por destinação institucional têm a missão de representar a sociedade perante o Poder Judiciário, na defesa do interesse público; no caso da tutela ao meio-ambiente, como em outros, o Ministério Público recebe e processa a representação dos particulares, com vistas a provocar a atividade jurisdicional se for o caso e com isso dar curso a essa participação indireta*”. **Instrumentalidade do Processo**. op. cit p. 210. Também ÁLVARO LUIZ VALERY MIRRA, “*A ação civil pública disciplinada pela Lei 7.347/1985 não pode deixar de ser estudada como um dos mecanismos destinados à efetivação do regime democrático-participativo*”. **Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente: A representação Adequada dos Entes Intermediários Legitimados para a Causa**. in Ação Civil Pública – após 20 anos: efetividade e desafios op. cit. p. 34.

Esse processo de hipertrofia do sistema jurídico não ocorre sem efeitos colaterais para a própria tutela dos interesses difusos não-refletidos pela teoria jurídica (instância de reflexão da dogmática). Vista a questão a partir das razões pelas quais o sistema político, por meio do Estado, não consegue atingir as metas de bem-estar referentes aos interesses difusos, nada indica que o sistema jurídico, por meio dos Tribunais e dos seus instrumentos jurisdicionais possa obter melhores resultados.

É de se notar que, se os interesses difusos recorrem ao sistema jurídico justamente porque lhes falta força política e econômica, não há razão para crer que a jurisdicionalização dessa conflituosidade supra essas carências em um Judiciário politizado. Em outras palavras, quanto mais a tutela jurisdicional de interesses difusos altamente conflituosos politiza a decisão jurisdicional, menos eficácia terá a tutela desses interesses, pois o que continuará a lhes faltar é justamente força política.

A semântica do Acesso à Justiça na teoria dos interesses difusos, enquanto instância de reflexão da dogmática, atribui esse problema, em um primeiro momento, a uma deficiência técnico-estrutural, e busca superá-la ampliando os poderes jurisdicionais (mais universalidade e mais efetividade).²¹⁴ Em um segundo momento, esse problema é atribuído à própria mentalidade dos julgadores, ora tidos por retrógrados, ora comprometidos com interesses políticos (em especial nas cortes superiores).

Paradoxalmente, em um primeiro momento busca-se viabilizar no sistema jurídico a decidibilidade de questões políticas conflituosas e, em um segundo momento, essas decisões são criticadas justamente porque tomadas com critérios políticos. De um lado, o juiz é criticado pela falta de sensibilidade às questões sociais conflituosas, de outro, é criticado pela falta de juridicidade na decisão dessas questões, o não é nada mais que o reflexo de uma sensibilidade não filtrada da conflituosidade social.

²¹⁴- Como adverte CELSO FERNANDES CAMPILONGO “*A crítica jurídica talvez tenha pecado não tanto por assumir uma grande abertura para com as demandas provenientes da sociedade civil (neste caso, sempre filtradas e interpretadas a partir dos grandes princípios constitucionais), mas sim por colocar-se menos como uma resposta à crise de legalidade e mais como uma alternativa aos limites da legalidade. Num momento de constitucionalização democrática, revalorizar a legalidade assume uma importância vital (...) essa excessiva e quase inevitável exposição pública do magistrado porta conseqüências indesejáveis, que vão de uma personalização da atividade judicial (juiz-herói), a uma expansão da discricionariedade judicial e uma instrumentalização política de um poder neutro (indiferente ao circuito de legitimação eleitoral). Falta à crítica jurídica, paradoxalmente, autocrítica diante dessa nova gama de possibilidades e limites*”. **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial** op. cit pp. 115-116.

Paralelo a isso, ao se escoar para o sistema jurídico a resolução de problemas políticos altamente conflituosos, o direito deixa de cumprir uma importante função, consistente em propiciar condições de funcionamento a outros sistemas sociais, mais adequados para lidar com as contingências da conflituosidade.

Diante desse cenário, o problema de se transformar os interesses difusos em direitos públicos subjetivos faz com que o sistema jurídico seja obrigado a responder demandas para as quais ele não tem resposta jurídica, mas apenas uma metodologia da decisão (como as diferentes semânticas da ponderação/valoração de interesses), que tende a reproduzir conflituosidade por meio da decisão, sujeitando-se aos riscos de deslegitimação e perda de autonomia.

Assim, de um lado o sistema jurídico passa a acionar elementos de sistemas externos, como a negociação (política), para responder essas demandas (por exemplo firmando Termos de Ajustamento de Conduta). De outro, ao lidar com esses critérios externos, perde autonomia, sujeitando-se a controle político externo e, em termos funcionais, desdiferenciando-se dos demais sistemas à sua volta, o que faz com que perca a capacidade de garantir o funcionamento dos demais sistemas.²¹⁵

No aspecto material, a evolução propiciada por essa racionalidade se dá na forma da equiparação entre direitos e interesses difusos, cujos efeitos são ainda pouco refletidos na literatura jurídica nacional, como se passa a analisar.

III.3.2. – Direito Subjetivo e Interesse Legítimo: a equiparação funcional

Outro ponto que se faz necessário analisar para compreender a relação entre a semântica do Acesso à Justiça e a reprodução da conflituosidade nos momentos de decisão judicial – o que conduz à perda de autonomia funcional do sistema jurídico – diz respeito à semântica de uma dialética antiga, aquela do direito subjetivo e do interesse.

Como visto, da perspectiva processual do acesso à justiça, a racionalidade do Estado de Bem-Estar disponibiliza ao sistema jurídico as condições pré-adaptativas necessárias à construção da universalidade e instrumentalidade da jurisdição, que possibilitam as reformas processuais necessárias ao surgimento do processo civil coletivo.

²¹⁵ - Nesse ponto, a profunda análise de CAMPILONGO **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial** op. cit.

De uma perspectiva material, essas condições propiciadas pelo Estado de Bem-Estar possibilitam a equiparação funcional entre direito subjetivo e interesse, o que permite que, por mais incipiente que seja a conformação de um interesse jurídico – como muitas vezes ocorre com os interesses difusos – ele seja passível de plena tutela jurisdicional.

O Código de Defesa do Consumidor, como já dito, veio acrescentar ao art. 1º da lei n. 7.347/85 o inciso IV, segundo o qual pode ser objeto de demanda coletiva (ação civil pública) e, portanto, de tutela jurisdicional coletiva, “*qualquer outro interesse difuso ou coletivo*”. A expressão tem sua origem na própria atribuição institucional do Ministério Público prevista no art. 129, III da Constituição Federal.

Como observa MANCUSO, o vocábulo *interesse* remete ao conceito carneluttiano segundo o qual o *interesse denota uma relação entre uma necessidade humana e um objeto apto a satisfazê-la* (em oposição ao conceito de direito subjetivo, ao qual deve corresponder um dever por parte de outro, a cujo cumprimento o titular do direito pode ou não renunciar).²¹⁶ A remissão à idéia de interesse não é aleatória. O conceito de interesse comporta uma constelação de possibilidades (*tudo aquilo que satisfaz uma necessidade humana*) muito mais ampla e fluida do que a idéia de *direito subjetivo* (*possibilidade atribuída com exclusividade a um titular de demandar o cumprimento do correlato dever de outrem*), revelando-se, segundo MANCUSO, mais adequada aos valores dessubstantivados, inerentes ao universo do processo coletivo.²¹⁷

O processo coletivo poderia então tratar tanto **(a)** da tutela de direitos coletivos subjetivos (titularizados com exclusividade por coletividades, aos quais corresponde um dever de outrem) quanto; **(b)** de interesses, cuja amplitude comporta toda uma constelação de possibilidades em torno de bens, condutas, e programas, cuja tutela jurisdicional, em toda sua instrumentalidade, possa beneficiar.

²¹⁶- Anota o autor que “*A Lei 7.347/85, em tópico acrescido pela Lei 8.078/90, menciona a expressão interesse (cf. art. 1º., IV: ‘Qualquer outro interesse difuso ou coletivo’), valendo ter em conta o dado etimológico: id quod inter est, ou seja, aquilo que ‘está entre’ o agente e um dado objeto, e assim os atrai mutuamente, tornando necessária ou útil a fruição desse bem da vida. Tal corresponderia, basicamente, à clássica concepção de Francesco Carnelutti sobre o interesse: Rapporto tra un bisogno dell’uomo e un quid atto a soddisfarlo*”. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas**, op. cit. p.83.

²¹⁷- Nesse sentido, esclarece que “*É lícito especular que a opção do legislador brasileiro pelo termo interesse possa ter se fundado na consideração de que no universo processual coletivo cuida-se de valores dessubstantivados, é dizer, indivisíveis e afetados a sujeitos indeterminados, o que faria soar um tanto estranho a alusão a direitos, porque estes evocam algo que é atribuído, com exclusividade a um determinado titular*”. Idem, p. 84.

Diante desse quadro, expressiva doutrina deu por superada a distinção teórica entre interesses e direitos,²¹⁸ de modo que a problemática da sua distinção seria agora uma questão meramente acadêmica. Sem embargo da discussão da possibilidade de questões meramente acadêmicas no direito, é certo que, com a equiparação, outros problemas, antes meramente acadêmicos, ganharam relevância prática. Afinal, não se trata, simplesmente de um mero (des)aperfeiçoamento conceitual promovido pelo legislador. Ao dispor sobre aquilo que pode ser objeto da ação civil pública, o legislador dispôs também sobre aquilo que pode – e deve – ser objeto da própria tutela jurisdicional *erga omnes*.²¹⁹

A questão então é saber quais são as implicações para o sistema jurídico de uma abertura tal que o centro de decisões do sistema jurídico (tribunais) passa a decidir igualmente, em termos operacionais, ou seja, com os mesmos instrumentos (decisão judicial), tanto acerca de direitos subjetivos (p.ex.: despejo do inquilino inadimplente), quanto de interesses (p.ex.: construção de casas populares para moradia)?

²¹⁸- Na festejada lição de KAZUO WATANABE, “Os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os interesses assumem o mesmo status de direitos, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles. A necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável impediu por muito tempo que os “interesses” pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa coletividade, como, por exemplo, os interesses relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida, etc. pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica. Com o tempo, a distinção doutrinária entre interesses simples e interesses legítimos permitiu um pequeno avanço, com a outorga de tutela jurídica a estes últimos (...) Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero interesse na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro de tutela jurídica e jurisdicional. Agora, é a própria Constituição Federal que, seguindo a evolução da doutrina e da jurisprudência, usa dos termos “interesses” (art. 5º, LXX, b). “direitos e interesses coletivos” (art. 129, III), como categorias amparadas pelo Direito. Essa evolução é reforçada, no plano doutrinário, pela tendência hoje bastante acentuada de se interpretar as disposições constitucionais, na medida do possível, como atributivas de direitos, e não como meras metas programáticas ou enunciações de princípios. E no plano legislativo, com a edição de leis ordinárias que procuram amparar tanto os interesses como os direitos, como a que disciplina a ação civil pública (Lei n. 7.347/85), está definitivamente consolidada a evolução”. **Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª. Ed.**, (ADA PELLEGRINI GRINOVER... [et. al.]), Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, pp. 718-719.

²¹⁹- Em outra obra observa MANCUSO que “transcorridos quase vinte anos, o objeto dessa ação veio revelando contínua tendência ampliativa, agregando outros relevantes valores e interesses sociais àqueles previstos originalmente no texto padrão da Lei 7.347/85 (meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico – incisos I, II e III do art. 1º). Assim é que a lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) viria inserir, como inciso IV, uma cláusula de extensão ao art. 1º da Lei 7.347/85 – qualquer outro interesse difuso ou coletivo (texto originalmente objeto de veto presidencial), redação que correspondia à dicção já constante no art. 129, III, da CF de 1988”. **A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas in Ação Civil Pública – lei 7.347/85 15 anos, 2ª. Ed.**, (Coord. ÉDIS MILARÉ) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 758-759.

Na teoria jurídica contemporânea, o direito subjetivo (imaneente a um *sujeito* portador do direito – *right-holder*) diz respeito à possibilidade, amparada pela legislação, de demandar o cumprimento de um dever de outrem.²²⁰ Parte da doutrina tende a ver essa possibilidade de demandar o cumprimento de um dever como o próprio direito de ação.²²¹ Outra, mais sintonizada com a autonomia do direito processual, como uma “*situação jurídica de vantagem em relação a um bem*”.²²² Ressai, de qualquer modo, que o *direito subjetivo* é titularizado por um sujeito de direito (*right-holder*) em oposição ao *direito objetivo* (*the law*) que é o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a conduta humana.²²³

O *interesse*, de outro lado, em um primeiro momento, diz respeito àquilo que satisfaz uma necessidade humana. A profusão desses interesses, para a teoria jurídica, não se prende à diferenciação interna do sistema jurídico entre direito e não-direito, tendendo portanto ao infinito. O portador do interesse quer, deseja, forma uma necessidade qualquer (material, espiritual, cultural) satisfeita por um objeto (material, espiritual, cultural), configurando assim um *interesse*, ou uma *situação simples de interesse*.²²⁴

²²⁰ - Por exemplo VICENTE RAO, que assim define: “*direito subjetivo é o poder de ação determinado pela vontade que, manifestando-se através das relações entre as pessoas, recai sobre atos ou bens materiais ou imateriais e é disciplinado e protegido pela ordem jurídica, a fim de assegurar a todos e a cada qual o livre exercício de suas aptidões naturais, em benefício próprio, ou de outrem, ou da comunhão social*”. **O Direito e a vida dos direitos**, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 645.

²²¹ - Nesse sentido, p. ex., JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, **Direito e processo**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 10.

²²² - CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a partir das lições de ELIO FAZZALARI, incorpora ao conceito de direito subjetivo o de situação jurídica (em vez de relação jurídica). Assim, é a situação jurídica de vantagem em relação a um bem (e não a relação processual entre as partes) que diz respeito ao direito subjetivo. A relação de desvantagem em relação a esse bem diz respeito à obrigação, superando assim o problema de saber se o direito subjetivo é interesse juridicamente tutelado ou *facultas agendi*. **Instituições de processo civil**, vol. II, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 210.

²²³ - VICENTE RAO, **O direito e a vida dos direitos**, op. cit. p. 215.

²²⁴ - Sobre os interesses simples escreve RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO que “*Em sua expressão comum, vulgar, os interesses representam simplesmente, a idéia de vantagem. Essa idéia de vantagem nasce e se desenvolve nos limites psíquicos da própria pessoa, isto é, não pode ser proveitosamente oposta ou confrontada a outros interesses do mesmo nível. O portador desse tipo de interesse apenas quer, deseja, aspira, sem poder, porém, exigir a satisfação de tais anseios. Tais interesses, que podemos chamar simples, puros, de fato, ou interesses, tout court, caracterizam-se, objetivamente, por sua frágil projeção econômica ou social: subjetivamente, sua relevância não depassa os limites do campo psicológico do agente: trata-se de uma relevância contida, limitada à esfera do pensamento*”. Esses interesses caracterizam-se por suscitar uma postura de indiferença perante o Estado que, em um primeiro momento, não é obrigado a tutelá-los. “*esses meros interesses ficam, tecnicamente, apartados do conceito jurídico; tendo ficado no plano primário da existência-utilidade sem terem ascendido ao plano ético-normativo, eles formam, inobstante, um enorme – e rico – repositório do que há de mais típico e arraigado no pensamento médio de uma coletividade*”. **Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir**, op. cit. pp. 19-21.

A *situação* envolvendo interesses pode estar ou não regulamentada pelo ordenamento jurídico.²²⁵ E mais, essa regulamentação pode consistir na criação de uma relação direito/dever, configurando um direito subjetivo (situação de vantagem/desvantagem), ou pode consistir em uma outra espécie de regulamentação, por exemplo a proteção *erga omnes* de determinados bens e valores independentemente da atribuição de um direito subjetivo a alguém (o que também é uma situação jurídica).²²⁶

Nesse último caso, não é substancialmente protegido o interesse *de alguém*, não há um titular (*right-holder*) que possa demandar o cumprimento do dever de outrem para satisfação do seu interesse, embora a concretização de metas estatais e de políticas públicas, previstas no direito objetivo, possa atender o interesse (satisfazer a necessidade). É o caso típico do direito penal e do direito administrativo.

A idéia de uma situação jurídica cuja regulamentação não atribui a alguém um direito subjetivo (possibilidade de demandar o cumprimento de um dever), mas protege reflexamente a satisfação de um interesse, marca a distinção entre o que a teoria jurídica chama de *interesse simples* e *interesse legítimo*.²²⁷ OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO define os interesses legítimos como:

ocasionalmente protegidos e direitos imperfeitos. Conferem interesse legítimo aos administrados as normas de direito objetivo que regem a realização de interesse coletivo, mas reflexamente, ao mesmo tempo, satisfazem o interesse de determinados indivíduos. Assim, tais particulares, a que as regras objetivas concretamente atingem, têm interesse especial na sua observância.²²⁸

²²⁵- Como percebe ANDRÉ GUSTAVO DE ALMEIDA GERALDES, investigando a natureza jurídica do bem ambiental, e concluindo que essa natureza depende do tipo de interesse que incida sobre o bem, sendo certo que “*Os seres humanos possuem uma profusão de interesses. Contudo, somente parte destes são interesses qualificados como jurídicos*”. **Tutela Jurídica dos Mananciais**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, p. 17.

²²⁶- Na conceituação de EDUARDO COUTURE o interesse é uma “*Aspiración legítima, de orden pecuniário o moral que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta*” **Vocabulário Jurídico**. Trad. A. H. Guaglianone. Buenos Aires: Depalma, 1973, Verbete Interesse, *apud* RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, **Interesse Difuso – conceito e legitimação para agir** op. cit., p. 17.

²²⁷- Como coloca RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO “*o interesse interliga uma pessoa a um bem de vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa. A nota comum é sempre a busca de uma situação de vantagem, que faz exsurgir um interesse na posse ou fruição daquela situação. Mesmo o interesse processual não foge a esse núcleo comum: ele é reconhecido quando o processo se revela útil e necessário à obtenção de certa posição de vantagem, inalcançável de outro modo (...)* A diferença entre os interesses – *lato sensu* – e o interesse jurídico está em que o conteúdo axiológico daqueles primeiros é amplo e variável, na medida em que sua valoração é deixada ao livre-arbítrio dos sujeitos; ao passo que o interesse jurídico, por definição, tem seu conteúdo valorativo já prefixado na norma.” **Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir**, op. cit. p.18.

²²⁸- OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, **Princípios Gerais do Direito Administrativo**, vol I, Rio de Janeiro: Forense, 1969, p. 203.

Também LIEBMAN bem demarca a distinção entre interesse, interesse legítimo e direito subjetivo, sublinhando que:

é necessária uma clara distinção entre direitos e interesses. A situação subjetiva que recebe da lei a proteção mais integral é o direito subjetivo, que se configura quando o interesse de uma pessoa é reconhecido como pertinente com exclusividade ao seu titular, sendo como tal diretamente garantido pela norma jurídica. Tem-se, ao contrário, um interesse legítimo quando só indiretamente o interesse de determinada pessoa conta com a proteção da lei, justificada pela sua coincidência com um interesse público que esta pretende tutelar ao dispor sobre o exercício do poder do órgão administrativo; nesses casos, a observância da norma tutelar do interesse público, por este órgão, satisfaz, ao mesmo tempo e por reflexo, também o interesse do particular, assim como a inobservância da norma lesa, junto com o interesse público, também o deste.²²⁹

Nesse contexto, é de se apontar que, assim como na semântica do Acesso à Justiça, também aqui a tutela jurisdicional de interesses (e não apenas de direitos subjetivos), fundada na concepção dos interesses legítimos, não é uma evolução exclusiva da semântica dos interesses difusos. Ela é uma decorrência da evolução da teoria jurídica acerca do próprio conceito e função da jurisdição, como visto no capítulo antecedente, que passa a se descrever por meio da idéia da universalidade e da instrumentalidade.²³⁰

Se tomado como ponto de partida um conceito clássico de jurisdição, como o de CHIOVENDA, encontrar-se-á nele a idéia de substitutividade da atuação jurisdicional à vontade da parte para realização do direito material, ou seja, tem-se que no exercício da jurisdição está imanente a dialética direito-dever. Apenas o descumprimento (ou o não-cumprimento espontâneo) de um dever (inserido no ordenamento) enseja a atuação da jurisdição, suscitada pelo titular do correlato direito.

Essa idéia de substitutividade é relevada pela doutrina processualista contemporânea, como visto alhures, sendo hoje o conceito central, com maior ou menor abrangência, focado na realização da ordem jurídica como um todo para amparar uma determinada *situação jurídica*.

²²⁹ - ENRICO TÚLIO LIEBMAN, **Manual de Direito Processual Civil**, op. cit. p. 44.

²³⁰ - Nos países europeus de jurisdição dupla, como a Itália, que influenciaram largamente a literatura jurídica brasileira, essa questão é problemática para a dogmática porque traça parâmetros de decidibilidade para os conflitos entre jurisdição ordinária e administrativa. Nesses países, trata-se de saber à qual jurisdição cabe julgar lides entre Administração e particular, em especial aquelas que envolvem direitos públicos subjetivos e, por consequência, à qual jurisdição se submetem os interesses difusos opostos contra a Administração. No Brasil, que adota a unidade de jurisdição, essa problemática parece ter tomado corpo no direito administrativo na semântica da sindicabilidade dos atos administrativos à revisão judicial (razão pela qual, como visto, não parece haver necessidade de se falar em uma “jurisdição coletiva”).

Nessa atuação, a Jurisdição-Poder realiza os escopos sociais meta-jurídicos do próprio Estado.²³¹ A substituição da vontade de uma das partes (para que seja cumprido o seu dever) deixa de ser necessária para a atuação jurisdicional.

Desse modo, a diferença entre interesses simples, interesses legítimos e direitos subjetivos assume contornos diversos para a dogmática no sistema de jurisdição una e diante do moderno conceito de função jurisdicional.

Um pedido deduzido em juízo não será juridicamente impossível, nem inepto, nem haverá carência de jurisdição, caso esteja fundamentado em um interesse e não em um direito subjetivo. Tampouco o fundamento jurídico que deve constar da causa de pedir implica alusão a um direito subjetivo, mas apenas a uma categoria jurídica.²³²

Essa abertura da jurisdição à tutela de interesses nas demandas envolvendo interesses (ou direitos) individuais não chega a ser problemática pois não há, nesses casos, a conflituosidade interna máxima.

Não haver a conflituosidade significa que não aparece como problema para a decisão a heterogeneidade entre titulares de um mesmo interesse indivisível, como ocorre nos interesses difusos, a gerar conflitos de participação no interesse.

²³¹ - Para CANDIDO RANGEL DINAMARCO a jurisdição não é propriamente um poder, mas uma das expressões do poder estatal que é uno e, como qualquer poder estatal, cumpre com os escopos do próprio Estado. **A Instrumentalidade do Processo**, op. cit. pp. 138-144. Em aprofundado estudo sobre a jurisdição estatal, reafirmam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, que a jurisdição é poder, função e atividade estatal. o poder reflete-se na capacidade de decidir imperativamente e impor decisões; a função se apresenta como encargo de promover a pacificação de conflitos individuais; e atividade subsiste no complexo de atos do juiz no processo. Desse modo, para os autores: “*A afirmação de que através da jurisdição o estado procura a realização do direito material (escopo jurídico do processo), sendo muito pobre em si mesma, há de coordenar-se com a idéia superior de que os objetivos buscados são, antes de mais nada, objetivos sociais: trata-se de garantir que o direito objetivo material seja cumprido, o ordenamento jurídico preservado em sua autoridade e a paz e ordem na sociedade favorecidas pela imposição da vontade do Estado. O mais elevado interesse que se satisfaz através do exercício da jurisdição é, pois, o interesse da própria sociedade (ou seja, do Estado enquanto comunidade).*” ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA, ADA PELLEGRINI GRINOVER e CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, **Teoria Geral do Processo**, 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 129-131. Adotando um conceito menos amplo, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, para quem o objetivo do Estado é o bem comum e, com esse propósito ele desenvolve várias atividades, sendo que cada uma dessas atividades possui um objetivo mais próximo. Com relação à atividade jurisdicional, o Estado busca, imediatamente, manter a ordem jurídica intacta, bastando considerar apenas o escopo jurídico da jurisdição, pois escopos sociais e políticos são meras consequências daquele. Representando a lei a vontade social, sua aplicação no caso concreto atende à própria pacificação com justiça. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. **Poderes instrutórios do juiz**, São Paulo: RT, 1991, p. 3. No mesmo sentido, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, **Curso de direito processual civil**, 6ª ed., v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 38.

²³² - Nesse sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, vol II, op. cit. p. 127.

A participação dos diretamente *interessados* no procedimento, por meio da representação de papéis de autor e réu (afastando o envolvimento pessoal dos indivíduos); mediados por um juiz neutro (ainda que modernamente comprometido com escopos sociais, em relação às partes o juiz é neutro e imparcial); a temporalização da decisão (a incerteza em relação ao conteúdo da decisão motiva a participação das partes no processo); a possibilidade de se manifestar, produzir provas e a obrigação de fundamentação racional das decisões; enfim, o procedimento, ou o devido processo legal, cria condições para a pré-disposição dos participantes em aceitar o resultado do processo,²³³ ainda que esse resultado venha a tutelar um interesse em relação ao qual o ordenamento não fornecia prévia escolha.

Pense-se, por exemplo, nas demandas individuais dirigidas contra a cobrança de juros acima de 12% ao ano por Instituições Financeiras. A conflituosidade política que redundava na falta de regulação jurídica clara dos limites dos juros (inclusive tendo sido suprimido o dispositivo constitucional controverso) está subjacente ao caso concreto, mas é filtrada pelo procedimento processual e pela limitação da coisa julgada às partes. Por conta dessa participação no procedimento o momento de decidibilidade tem condições de pacificar o conflito, a decisão jurisdicional não reproduz o conflito de interesses.

Os instrumentos de representação inerentes ao processo coletivo não são suficientes para propiciar o mesmo nível de participação. Não só pelo distanciamento entre substituído e substituto no pólo ativo, mas pela própria despersonalização e conflituosidade interna dos interesses difusos, que inviabiliza a pré-disposição ao consenso apenas por força do procedimento judicial (objurgado o procedimento político).

Os conflitos metaindividuais subjacentes aos conflitos concretos, justamente por não terem oportunidade de se manifestar no processo, são recolocados pela decisão jurisdicional, não havendo qualquer filtragem prévia no ordenamento. Nesse ponto, a equiparação entre direitos e interesses difusos, festejada pela doutrina, tem muito pouca utilidade quando não se tem claro quais são esses interesses que serão equiparados a direitos para fins de tutela jurisdicional.

²³³ - Nesse sentido a análise sociológica de NIKLAS LUHMANN **Legitimação pelo Procedimento**, trad. Maria da Conceição Coorte-Real, Ed. Unb, Brasília, 1980 (coleção pensamento político, 15). Muitas das conclusões e propostas de LUHMANN nesse pioneiro trabalho de sociologia jurídica são adotadas por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO na construção da sua festejada teoria da jurisdição. Nesse sentido, v. **A Instrumentalidade do Processo**, op. cit., pp. 158-177.

Demarcada a diferença entre interesses simples, interesses legítimos e direitos subjetivos, torna ao foco a questão de saber como se enquadram os interesses difusos, em relação aos quais a Constituição Federal outorga legitimidade ao Ministério Público para defesa (CF, art. 129, III) e a lei n. 7.347/85 (art.1º, IV) e o Código de Defesa do Consumidor e os equiparam a direitos subjetivos.

Como nota MANCUSO, “*O fato de um interesse ser exercido por via individual ou coletiva, não altera sua essência. A natureza de um interesse advém da finalidade à qual ele está afetado, e não da forma escolhida para o seu exercício*”,²³⁴ afastando, assim, uma natureza *a priori* para os interesses metaindividuais simplesmente pela forma coletiva de seu exercício. Qual a natureza então dos interesses difusos?

Ao passo em que interesses individuais associam-se diretamente aos direitos subjetivos,²³⁵ permitindo a correlação direito-dever (ou vantagem-desvantagem na situação jurídica) entre os titulares, os interesses difusos não são passíveis de fruição por titulares exclusivos. Não há a correlação direito-dever cuja conflituosidade gera a lide a ser institucionalizada na forma da ação-defesa-processo-jurisdição.

Por isso, os interesses difusos, por conta da indeterminação absoluta dos seus titulares, não podem ser pensados como uma mera soma de interesses individuais, exercitáveis como direitos subjetivos multitudinários.²³⁶ Aquelas mesmas pessoas beneficiadas abstratamente pelo interesse difuso são também devedoras desse interesse (pense-se no meio ambiente ou mesmo na proibição de publicidade enganosa).

²³⁴ - RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, **Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir**, op. cit. p. 24.

²³⁵ - Nesse sentido, RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO: “*Os interesses individuais estão na base do conceito de direito subjetivo; este resulta da fusão entre o interesse individual e a proteção estatal que o chancela e garante, nos casos em que aquele interesse corresponde aos valores ‘escolhidos’ como os mais relevantes em determinada coletividade. Assim, por exemplo, o direito de propriedade*”, Idem, p. 42.

²³⁶ - Como explica RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, com inspiração rousseauiana, sobre o interesse coletivo como síntese de individual: “*Não se trata da defesa do interesse pessoal do grupo; não se trata, tampouco, de mera soma ou justaposição de interesses dos integrantes do grupo; trata-se de interesses que passam esses dois limites, ficando afetado a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos interesses individuais, atraídos por semelhança e harmonizados pelo fim comum, se amalgamam no grupo. É síntese, antes que mera soma (...) Pensar e sentir coletivamente, é relegar a plano secundário o interesse imediato, egoísta, para, com os olhos postos num ideal amplo e generoso, empenhar os esforços comuns com vistas à consecução desse desiderato. É possível e até provável que os frutos desse esforço recaiam também sobre os que dele participaram; mas, dada a amplitude do fim perseguido, terceiros poderão eventualmente ser beneficiados. Quando um grupo luta por melhores condições de segurança no trabalho, são todos os trabalhadores, como categoria, que poderão beneficiar-se*”. Idem, p. 45.

MANCUSO, adotando o conceito dos interesses legítimos como espécie de interesses que gozam de proteção jurisdicional por decorrerem da proteção a bens e valores conferida pelo direito objetivo,²³⁷ aproxima destes – em um primeiro momento – os interesses difusos. Interesses difusos poderiam ser tidos como interesses legítimos na medida em que a sua proteção decorra da persecução do Bem Comum, do interesse da coletividade como um todo, como reflexo necessário do ordenamento (direito objetivo).²³⁸

Contudo, como reconhece o autor, uma tal aproximação entre interesses difusos e os interesses legítimos tem como problema a vinculação dos interesses difusos a um núcleo axiológico no ordenamento. Essa aproximação seria problemática porque o conceito de interesses difusos deve poder incluir a sua intensa conflituosidade interna, vale dizer, ele só é útil se permitir que sejam tutelados mesmo interesses cuja conformação axiológica no ordenamento seja insuficiente ou incipiente, o que afasta a idéia de um interesse (objetivamente) legítimo.²³⁹

²³⁷- Assim, o autor que “*Entre os interesses simples, de um lado, e os direitos subjetivos, de outro, haveria um tertium genus: os interesses legítimos. Estes se distanciariam daqueles dois extremos, na medida em que seriam mais do que os interesses simples, e menos do que os direitos subjetivos (...) Não há propriamente uma diferença essencial, e sim, uma diferença em, termos de intensidade quanto à proteção estatal: enquanto os direitos subjetivos beneficiam de uma proteção máxima, e os interesses simples são praticamente desconhecidos, os interesses legítimos se apresentam a meio caminho: embora não se constituam em prerrogativas ou títulos jurídicos oponíveis erga omnes, beneficiam de uma proteção limitada, ao menos no sentido de não poderem ser ignorados ou preteridos. Um exemplo: o vencedor de uma licitação não adquire, ipso facto, o direito de contratar com a Administração, visto que esta pode até revogar ou anular o certame; mas, beneficia ele de um interesse legítimo a que a decisão administrativa seja devidamente motivada (...) A característica dos interesses legítimos está em que a proteção limitada de que eles gozam, advém-lhes por via reflexa: a norma não visa exatamente tutelar a situação jurídica individual, mas pode ocorrer que o sujeito esteja de tal forma situado no raio de abrangência dessa norma que passe a merecer uma certa proteção diferenciada, em comparação aos demais*”. Idem, pp. 58-60.

²³⁸- Nas palavras do autor “*A circunstância de os interesses legítimos serem referidos a coletividades mais ou menos vastas de sujeitos, aliadas ao fato de que tais interesses, mesmo sem configurarem direitos subjetivos, são ao menos consentâneos com o sistema jurídico, tem levado a doutrina a aproximar os interesses legítimos e os interesses difusos (...) Parece-nos que, efetivamente, a categoria dos interesses legítimos é a que mais pontos de contato revela com a dos interesses difusos, visto que ambas apresentam várias notas comuns: extensão a uma coletividade mais ou menos vasta, relevância social, adequação aos valores protegidos pelo sistema jurídico como um todo, etc*”. Idem, p. 61.

²³⁹- Segundo explica “*Todavia, parece-nos que não há similitude absoluta entre essas duas categorias, visto que o interesse difuso não apresenta um vínculo jurídico básico, mas exsurge de situações de fato, de largo espectro social, cuja solução dependerá de uma opção entre várias escolhas políticas possíveis (...) Nos interesses legítimos, o referencial a um texto legal, conquanto ocorra por via reflexa, é mais nítido (...) Outro ponto a ser considerado é que o interesse legítimo nos parece apresentar uma amplitude menor do que o difuso: este se reporta a uma coletividade indefinida (às vezes à própria humanidade como um todo), ao passo que o legítimo apresenta um certo critério de collegamento, como diz a doutrina italiana, isto é: uma qualidade, um status, uma posição diferenciada apresentada por seu portador. Numa tentativa de síntese, diríamos que o interesse legítimo está mais próximo do direito subjetivo, ao passo que o interesse difuso mais se aproxima do interesse simples*”. **Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir**, op. cit. pp.59-63.

Desse modo, MANCUSO chega à conclusão de que as características dos interesses difusos os aproximam dos *interesses simples* (situações simples de interesse), não vinculados à distinção interna do sistema jurídico entre direito e não-direito, mas referidos à profusão de interesses da coletividade, em relação aos quais não há qualquer solução prévia no ordenamento jurídico para o conflito em abstrato.²⁴⁰

Essa concepção se encaixa bem no quadro descrito da racionalidade do Estado de Bem-Estar e da sua semântica do Acesso à Justiça: inclusividade total de todo e qualquer interesse possível e imaginável como candidato à tutela jurisdicional, conforme a ponderação no caso concreto em face de outros interesses. Nesse contexto, o âmbito material da semântica do Acesso à Justiça, que prevê a equiparação entre direitos e interesses, enquanto instância teórica reflexiva da dogmática dos interesses difusos, conduz à conclusão de que a jurisdicionalização de escolhas políticas entre interesses igualmente protegidos no ordenamento faz parte da função jurisdicional, sendo necessária para essa tutela.

Assume-se, nessa perspectiva, que cabe sim ao Poder Judiciário atuar em complementaridade sobre outros poderes ou funções estatais, sempre que necessário para tutelar um interesse difuso carente de tutela, ainda que esse interesse incipiente no ordenamento, e portanto conflituoso,²⁴¹ de modo que *“fica evidente que um dos grandes problemas suscitados pela tutela dos interesses difusos é de ordem política. Caberá ao Judiciário agir com engenho e arte para outorgar a tutela adequada aos interesses difusos, em convivência harmoniosa com as competências reconhecidas aos outros dois Poderes, neutralizando, assim, a imputação de um governo di giudici”*.²⁴²

²⁴⁰ - E esclarece o autor mais adiante que *“a marcante conflituosidade deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato contingentes, por vezes até ocasionais. Não se cuida de direitos violados ou ameaçados, mas de interesses (conquanto relevantes), têm-se que a esse nível, todas as posições, por mais contrastantes, aprecem sustentáveis. É que nesses casos de interesses difusos, não há um parâmetro jurídico que permita um julgamento axiológico preliminar sobre a posição certa e a errada”*. Idem, p. 80.

²⁴¹ - Nas palavras de MANCUSO *“Cremos que a ação judicial de natureza coletiva deve ser mantida e aperfeiçoada como um dos canais de revelação dos interesses difusos dignos e merecedores de tutela. É preciso, todavia, cercar de cautelas essa participação popular através da justiça, sob pena de se incorrer em dois grandes riscos: a) a criação de uma área de atrito causada pela atuação do Poder Judiciário, acarretando uma resistência ao avanço da justiça nas áreas tradicionalmente reservadas aos outros Poderes; b) uma canalização exclusiva dos interesses difusos em direção ao Judiciário atingiria, por ricochete, um resultado indesejável, qual seja: a limitação da exteriorização desses interesses a uma só forma ou meio de expressão, contrariando a própria natureza difusa desses interesses e desestimulando os outros Poderes a dar-lhes tutela em sede adequada...”*. **Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir**, op. cit. p. 106.

²⁴² - Idem, p. 109.

Reconhece, portanto, a doutrina os problemas da conflituosidade inerente à tutela dos interesses difusos. As cautelas recomendadas, contudo, não dizem respeito à observação dos limites do sistema jurídico, mas sim à engenhosidade dos juízes para outorgar a tutela adequada aos interesses difusos (ou seja, lidar *juridicamente* com o “*problema político*”). Assim, o problema é visto unilateralmente, ou seja, como de interferência política na realização do direito e não de distinção entre sistema jurídico e político (o que demandaria capacidade de observação dos limites de ambos sistemas).

Seguindo um caminho ligeiramente diverso, adotando a mesma linha de WATANABE, para quem o conceito de direito subjetivo é limitado pelo ideário liberal-individualista, hoje ultrapassado, RODRIGUES entende que a própria distinção entre direito e interesse remonta à visão individualista do Estado liberal. Na visão do Estado liberal, o direito subjetivo garantiria a não-intervenção estatal na esfera de liberdade do indivíduo, não se fazendo necessária uma figura jurídica que viabilize demandar do Estado prestações positivas, como viabiliza a figura dos interesses legítimos.²⁴³

Contudo, o conceito de interesses legítimos não seria adequado para conceituar os interesses difusos porque apenas atribuir uma proteção reflexa a interesses particulares, divisíveis, por meio da proteção do interesse público.²⁴⁴

²⁴³- MARCELO ABELHA RODRIGUES expõe que “*Certamente que direito não é a mesma coisa que interesse e isso fica evidente no próprio texto legal. Aliás, diz-se , normalmente, que direito é o interesse juridicamente protegido. Entretanto, por ficção jurídica, o legislador fez com que os interesses ali discriminados fossem equiparados a direitos, permitindo a sua tutela. Essa equiparação tem raízes fincadas na dificuldade de se definir e separar um instituto do outro; para aumentar o rol de interesses juridicamente tuteláveis; para concretizar a existência de direitos que não são apenas normas instituidoras de programas na nossa constituição (...)* É de se notar que a antiga distinção entre interesse e direito parte de uma noção individualista, portanto, privatista de todo o Estado, onde este último tinha por função precípua não violar direitos e garantias individuais. Hoje, a sua função é menos negativa e mais positiva, na medida em que deve prestar, implementar e executar políticas públicas que indiquem os interesses sociais a serem perseguidos”. **Elementos de Direito Ambiental**, op. cit. p. 35.

²⁴⁴- Desse modo, para o autor, “*os interesses legítimos seriam aqueles que têm uma proteção reflexa, já que o objeto precípua de tutela da norma não seria o direito individual, mas protegendo-se o interesse geral se acaba tutelando, por tabela, interesses particulares. Qualquer tentativa de aproximação conceitual com os interesses difusos é equivocada porque, ontologicamente, são diversos os interesses, e o próprio tratamento pelo direito positivo é distinto. Geneticamente são diversos porque o interesse difuso tem alma pública, enquanto que o legítimo é privado. O objeto de interesse difuso é indivisível, enquanto que o objeto de tutela do interesse legítimo é divisível. Isso permite afirmar que o interesse difuso não é exclusivo , ao passo que o mesmo não se pode dizer do interesse legítimo. Destarte, o grau de indeterminabilidade do interesse difuso faz com que o vínculo que agrega os seus titulares seja circunstancial, ligado a uma situação de fato, enquanto que os interesses legítimos possuem titulares cujo vínculo pode ser melhor visualizado na medida em que se permite identificar os sujeitos beneficiados reflexamente pelo direito tutelado*”. Idem, p. 52.

Por conta disso, entende RODRIGUES que, sendo inescapável a equiparação funcional promovida pela legislação, os interesses difusos se aproximam dos próprios direitos subjetivos, pois gozam da mesma espécie de tutela.²⁴⁵

Essa solução remete também ao problema já mencionado: equiparar interesses e direitos difusos para fins de tutela jurisdicional não resolve o problema de se saber *o que está sendo equiparado* (e o que não está). Equivale a dizer, como MANCUSO, que os interesses difusos simples (não amparados claramente *no* ordenamento) gozam de tutela jurisdicional. Ou seja, a distinção entre direito e não-direito é completamente concentrada na decisão judicial, vale adiantar, no centro do sistema jurídico. Sem a filtragem na periferia do sistema, a decisão não pacifica o conflito, permanece indistinto direito e não-direito, reproduzindo-se a conflituosidade.²⁴⁶

Assim, a expressão “*qualquer interesse difuso*” acaba por funcionar, como coloca MANCUSO, como verdadeira “*cláusula de extensão*”, permitindo que, *a priori*, todo e qualquer interesse cujos titulares sejam indeterminados e o objeto seja indivisível possa ser demandado por meio da ação civil pública e tutelado por meio de sentença judicial com efeitos *erga omnes*. Falar em *qualquer interesse difuso*, nesses termos (qualquer interesse simples), implica apenas uma *forma* – indeterminação dos sujeitos e indivisibilidade do objeto – cujo conteúdo é altamente contingente (e sempre conflituoso), ou seja, um objeto que satisfaça uma necessidade qualquer indivisível de sujeitos indetermináveis.

Interesses separatistas (p.ex.: na separação do Estado do Rio Grande do Sul do restante da nação); racistas (p.ex.: em escolas públicas separadas entre brancos e negros); ou mesmo ilícitos em si (p.ex.: na descriminalização do aborto, na redução da maioria penal ou na pena de morte) são perfeitamente enquadráveis na *forma* da indeterminação dos sujeitos e indivisibilidade do objeto.

²⁴⁵ - Nas palavras de RODRIGUES “*O interesse difuso, por expressa dicção legal (art. 81, parágrafo único, I do CDC), foi equiparado por ficção jurídica à condição de direito, portanto, objeto de tutela, enquanto que o interesse legítimo é apenas uma expectativa oriunda de uma proteção reflexa. Caso o interesse individual seja aviltado, será tutelado como direito subjetivo individual, podendo-se, se for o caso, fazer uso da coisa julgada in utilibus (art. 104, CDC) quando se tiver tutelado um direito essencialmente coletivo (difuso ou coletivo propriamente dito). Portanto, é absoluta a diferença entre ambos, e se tivesse que ser feita uma aproximação com alguma modalidade de direito no ordenamento jurídico positivo, decerto que seria com os direitos subjetivos individuais*”. Idem, *ibidem*.

²⁴⁶ - Pense-se na conflituosidade produzida pela própria decisão em mandado de segurança coletivo movido pelo Sindicato das Empresas de Publicidade Exterior (Sepex) que suspende aplicação de lei municipal de São Paulo que proíbe outdoors.

MANCUSO busca evitar esse problema interpretando a fórmula de extensão (*qualquer outro interesse difuso*) à luz de sua alocação constitucional (art. 129, III da CF), ou seja, entre as competências do Ministério Público, vinculadas portanto à defesa da *ordem jurídica*, o *regime democrático* os *interesses sociais* e os *interesses individuais indisponíveis* (art. 127, CF). Nessa perspectiva, a defesa de um “*qualquer outro interesse difuso*” associa-se, ao menos para fins de legitimidade para demandar em juízo o interesse, à *relevância social* e a posições já caracterizadas na Constituição Federal, mas que carecem de melhor explicitação quanto ao conteúdo.²⁴⁷

Contudo, não é fácil transpor essa conclusão para a atuação de outros legitimados que não o Ministério Público, já que esses valores estão fortemente relacionados à legitimação institucional da sua atuação (pense-se na defesa de interesses individuais homogêneos disponíveis por associações). De outro lado, as posições tomadas pela Constituição quanto à valoração de determinados interesses não esclarecem o problema essencial da sua juridicidade, em especial porque não há uma hierarquia entre eles (quais interesses são juridicamente legítimos em face de outros?).

É que essas posições, caracterizadas na Constituição, dizem respeito a valores, preferências e finalidades protegidas pelo ordenamento, e não a programas decisórios claros. Mesmo os princípios constitucionais, não obstante a sua propalada normatividade, dada a sua alta carga valorativa e grau de abstração não são também referência para a juridicidade dos interesses, comportando muitas vezes decisões opostas, ou seja, não indicam *a priori* quais interesses podem (devem) ou não ser protegidos.

O problema da juridicidade dos interesses não reside nos valores que eles representam (no caso, a valoração da necessidade a ser preenchida). Esse problema remete, na verdade, ao problema da própria unidade do ordenamento jurídico, que também não pode ser encontrada nos princípios jurídicos ou nos valores do ordenamento, que contêm valores antagônicos sem estabelecer qualquer ordem hierárquica.

²⁴⁷- Assim expõe: “*A fórmula verbal da referida cláusula de extensão vem evidenciar que a condição legitimante, na ação civil pública, não se reporta à titularidade do interesse ou do valor em causa, mas prende-se ao binômio relevância social + representação adequada, e assim, de um lado, possibilita o acesso à Justiça de certas massas de interesses ainda não tipificadas normativamente (v.g. a coletividade dos cidadãos HIV soropositivos, o chamado povo da rua, os rurícolas ditos sem terra), e mesmo daquelas posições que, embora já referidas na Constituição Federal, ainda carecem de melhor explicitação quanto ao seu conteúdo, como, por exemplo, o chamado direito de antena (arts. 220 a 224)*”. **A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas**, op. cit. p. 759.

O alto grau de abstração dos valores comporta interesses antagônicos. Pense-se, por exemplo, no valor *paz*. Enquanto valor (ou mesmo enquanto princípio jurídico: art. 4º, VI, da CF) ele comporta, no nível dos programas decisórios, tanto um programa armamentista (*defesa da paz pela intimidação – violenta – dos inimigos da paz*) quanto um programa desarmamentista (*defesa da paz pela prática da não-violência*).

O mesmo ocorre com os valores – ou princípios, caso se queira destacar sua normatividade – insculpidos no art. 127 da Constituição: defesa da ordem jurídica; valores democráticos; interesses sociais e interesses indisponíveis.

A *defesa da ordem jurídica*, em si, pode implicar tanto a defesa da constitucionalidade como da inconstitucionalidade de uma mesma lei (pense-se na intensa discussão acerca da constitucionalidade da pesquisa com células-tronco). A *defesa de valores democráticos*, por sua vez, pode tanto ensejar a legalidade quanto a ilegalidade de uma organização em favor de uma ditadura. A *defesa de interesses sociais* pode tanto fundamentar uma sentença determinando a desocupação como a manutenção de famílias estabelecidas irregularmente em áreas de proteção ambiental. A *defesa de interesses indisponíveis* pode tanto implicar que a guarda de uma criança seja conferida ao parente mais abastado economicamente quanto ao parente mais apegado afetivamente à criança.

A despeito da alta capacidade agregadora, os princípios não fornecem qualquer referencial que permita discernir entre direito e não-direito, problemática profunda que está à base do problema de saber quais interesses são jurídicos.

Retomando alguns dos exemplos mencionados acima, pode-se pensar nos recentes movimentos separatistas no sul do Brasil,²⁴⁸ que alegam fundamento constitucional a viabilizar essa separação (autodeterminação dos povos, art. 4º, III da CF e Resolução 1514 - XV das Nações Unidas); e nos movimentos contrários a cotas raciais nas universidades públicas, que avocam o próprio princípio constitucional da igualdade.²⁴⁹

²⁴⁸ - Notadamente, o movimento “*O Sul é o meu País*”, liderado pelo jornalista CELSO DEUCHER. Informações em disponíveis em [www.http://celsodeucher.blogspot.com/](http://celsodeucher.blogspot.com/), acesso em 2.7.2007.

²⁴⁹ - Manifesto contrário à política de cotas, com fundamento no princípio da igualdade, foi entregue ao Senado Federal no final de 2006, assinado por intelectuais como WANDERLEY GUILHERME DOS SANTOS (cientista político), RENATO LESSA (cientista político), MANOLO FLORENTINO (historiador), FERREIRA GULLAR (poeta) e CAETANO VELOSO (compositor). Manifesto disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u18773.shtml>, acessado em 2.7.2007.

Pode-se ainda sustentar que a existência de escolas separadas para brancos e para negros – desde que com plena igualdade de condições – não atenta, ao contrário, cumpre com a obrigação de tratamento igualitário (doutrina do “*separados, mas iguais*”, que traz ínsita a idéia de que não-discriminação não implica união forçada).²⁵⁰

Ainda, todos os movimentos pela modificação no direito, pela descriminalização de condutas hoje criminalizadas (legalização de entorpecentes e jogos de azar), pela supressão de direitos fundamentais (como os movimentos pela pena de morte, pela redução da maioria penal, pela legalização do aborto), como forma de garantir outros direitos fundamentais (v.g. direito à segurança e direito à dignidade da mulher), demonstram que a alusão aos valores e princípios constitucionais não são suficientes para esclarecer quais interesses devem ser considerados protegidos pelo ordenamento. A saída, amplamente considerada pela dogmática da hermenêutica constitucional, em especial aquela fundada na semântica da *proporcionalidade*, como se verá mais adiante, não apresenta também solução para o fundamento da juridicidade (*in abstracto*) de interesses.

Por mais que se busque dotar de normatividade os princípios constitucionais, imputando-os programas decisórios concretos, a dogmática relativa a eles não indica nenhuma solução *a priori* para os casos de colisão (a solução depende sempre do caso concreto), de modo que eles não podem, *in abstracto*, fundamentar a normatividade de interesses. Abstratamente, a gama de relações ínsitas aos interesses, mesmo considerados a partir do ordenamento, é tão grande²⁵¹ que não permite qualquer conclusão pela juridicidade de um interesse em desfavor do outro, reenviando o problema ao ponto de partida.

²⁵⁰ - Assim entendia a Suprema Corte Estaduniense até o famoso caso *Brown x Conselho de Educação* que, apenas em 1954 superou a doutrina do “separados, mas iguais” que, no entendimento de até então, cumpria com a obrigação de não-discriminação da 14ª. Emenda.

²⁵¹ - Nesse sentido, na Itália, bem observa VICENZO VIGORITI que a expressão *interesse* comporta a “*gama das relações possíveis vistas de dois extremos, de um lado a indiferença entre os interesses (de modo que a satisfação de uma aspiração não toca nem prejudica a satisfação da outra) e, de outro, o conflito entre os interesses (nos quais a satisfação de uma aspiração impede e prejudica a satisfação da outra)*. Entre esses dois extremos as combinações são as mais variadas: podem ser de um vínculo estreito, como ocorre quando um interesse é instrumental à realização de um outro interesse que se põe como final em relação ao primeiro, ou mesmo quando existe incompatibilidade entre os interesses que, por sua vez, poderá ser parcial ou total (neste caso praticamente coincidindo com a hipótese de conflito). Sob um outro ângulo o mesmo interesse pode ser difuso e assim comum a uma pluralidade de sujeitos, pretendendo-se com isto simplesmente indicar que os interesses de pessoas diversas são entre eles qualitativamente idênticos, ou mesmo pode ser particularmente de um só sujeito (...) O interesse coletivo, a sua vez, exprime a existência de uma relação entre interesses de igual conteúdo, afeitos a sujeitos diversos, organizados pela união de um fim em comum. O coletivo é o valor de uma certa relação entre interesse de natureza individual não conflitantes, mas solidários, conjuntos e organizados para a satisfação da pretensão comum”. **Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire**, Giuffrè, Milão, 1979, p. 18-19.

Esse problema parece acompanhar toda a história da teoria jurídica acerca dos direitos subjetivos e dos interesses sem que se tenha chegado a uma solução satisfatória do problema da diferenciação entre direito e não-direito.

Revisitar essas semânticas, ainda que brevemente, se apresenta como essencial para compreender o porquê do seu esgotamento e da sua inadequação para a sociedade complexa.

III.3.2.1. – Direito e Interesse na Teoria Jurídica

A idéia de um direito agregado ao indivíduo que pode fazê-lo valer diante de outros começa a tomar corpo apenas na Idade Média.²⁵²

Na literatura jurídica contemporânea, essa semântica se apóia em três linhas teóricas de pensamento: (a) *teoria da vontade* (SAVIGNY, WINDSCHEID), que entende que o direito subjetivo é o poder da vontade (de fazer valer o direito) reconhecido pela ordem jurídica; (b) *teoria do interesse* (JHERING), para quem o direito subjetivo é o interesse (satisfação de uma necessidade) juridicamente protegido; e (c) *teoria mista* (JELLINECK, SALEILLES e MICHOD), que define o direito subjetivo como o poder da vontade reconhecido pela ordem jurídica, tendo por objeto um bem ou interesse.²⁵³

²⁵²- No direito romano, parece correto afirmar, com JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI, que não se pode falar em direito subjetivo. O direito romano gira em torno da idéia da *actio*, ou seja, não do conteúdo de um direito atrelado a um sujeito, mas das conseqüências de ser o titular de uma “ação” contra eventuais ofensas, **A causa petendi no processo civil**, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 31.

²⁵³- Um resumo dessas concepções contemporâneas pode ser encontrado na Enciclopédia do Advogado de LEIB SOIBELMAN: “*Windscheid primeiramente definiu o direito subjetivo como sendo um poder da vontade atribuído pelo ordenamento jurídico, porque achava que a mola que faz mover o direito era a vontade individual. Várias críticas sofreu a teoria: pode-se deixar de exercer um direito sem perder a faculdade de vir a fazê-lo; os incapazes e as pessoas jurídicas têm direitos mas não têm vontade (os incapazes têm capacidade de direito mas não de fato).; há pessoas que podem ignorar serem titulares de um direito (dementes, ausentes). Em vista disso Windscheid escreveu que não se trata da vontade individual mas da vontade do ordenamento jurídico, o que redundou em suprimir a distinção entre lei e direito subjetivo. Jhering sustentou que o direito subjetivo é apenas um interesse juridicamente protegido, entendendo-se interesse em sentido amplo: moral, econômico, afetivo, etc. Teria confundido a natureza desse direito coma finalidades a que se presta, além de submeter a apreciação do interesse à consciência individual, quando o direito objetivo considera estes interesses do ponto de vista do bem comum. Jellinek tentou conciliar ambas as doutrinas: é o interesse tutelado pela lei mediante o reconhecimento da vontade individual. Kelsen identifica o direito objetivo e direito subjetivo, não passando este de mera decorrência da mesma lei que impõe os deveres: Duguit diz que não há direitos mas apenas deveres que permitem aos indivíduos desempenharem funções na sociedade. Para Thon é o poder de acionar os outros para o cumprimento dos deveres que lhes incumbem”.* **Enciclopédia do Advogado**, 4ª. ed., Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978 – p. 284.

Há também autores ainda influentes como DUGUIT e KELSEN para quem não existe algo como direito subjetivo. Para DUGUIT, o que na realidade subsiste são situações geradas pela norma. O que existe é apenas o direito objetivo. Também para KELSEN, o chamado direito subjetivo nada mais seria do que um modo de ver a norma jurídica. Abstratamente, a norma é vista como objetiva. Aplicada concretamente, a norma é vista como subjetiva.²⁵⁴ Essa corrente e a teoria mista parecem estar à base da doutrina que fala em situação jurídica de vantagem ou desvantagem em relação a um bem ou interesse materialmente tutelado pelo direito (FAZZALARI, DINAMARCO).

Os pontos cruciais de distinção entre essas correntes giram em torno de saber (a) se há necessidade da vontade consciente de exercer um direito subjetivo, ou se esse direito é protegido a despeito da vontade do agente; bem como (b) se há necessidade de que a satisfação desse direito implique satisfação de um interesse protegido substancialmente pelo ordenamento. Na literatura jurídica nacional, é também ainda de grande influência o conceito de FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, para quem:

O direito subjetivo não é a faculdade, ainda que seja ela uma só; o direito subjetivo é que contém a faculdade. Porque o direito subjetivo é o poder jurídico de ter a faculdade. A faculdade é fática, é meio fático para a satisfação de interesses humanos; o direito subjetivo é jurídico, é meio jurídico para a satisfação desses interesses. Na ilha deserta, sem ordenamento jurídico, o naufrago dá a outro naufrago o fruto que colher; não doa. Doação é categoria jurídica. Se esse naufrago diz a outro que encontrou caverna, em que poderiam, sem perigo, dormir, não fez nenhuma declaração de vontade que o obrigue a irem os dois dormir na caverna. Há, aí, faculdade, e não há direito subjetivo. Não há direito subjetivo sem regra jurídica (direito objetivo), que incida sobre suporte fático tido por ela mesma como suficiente. Portanto, é erro dizer-se que os direitos subjetivos existiram antes do direito objetivo; e ainda o é afirma-se que foram simultâneos. A regra jurídica é *prius*,²⁵⁵ ainda quando tenha nascido no momento de se formar o primeiro direito subjetivo.

Para GOFFREDO TELLES JR. também o direito subjetivo não é simplesmente a faculdade natural de agir, decorrente da natureza humana independentemente da ordem jurídica: “*as faculdades são dados (são qualidades dadas ao homem pela natureza): pertencem, pois, ao mundo da natureza. O direito, porém, é o construído (é obra do homem), e pertence, conseqüentemente, ao mundo da cultura*”. Logo, nenhuma faculdade humana é um direito, e nenhum direito subjetivo é faculdade.²⁵⁶

²⁵⁴ - VICENTE RAO, **O Direito e a vida dos direitos**, op.cit., p. 645.

²⁵⁵ - FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA. **Tratado de Direito Privado**. Parte Geral. Tomo V, atual. VILSON RODRIGUES ALVES. 1ª ed. Capinas: Bookseller, 2000, p. 271.

²⁵⁶ - GOFFREDO TELLES JR., Direito Subjetivo I, in **Enciclopédia Saraiva de Direito**. (Coord. Rubens Limongi França). São Paulo: Saraiva, 1977, v. 28, p 298.

Para compreender a contribuição que essas semânticas ainda possam oferecer para investigar o problema da juridicidade própria dos interesses difusos, é necessário rever a evolução da sua construção epistemológica.

Apesar de não haver consenso entre os historiadores, parece correto afirmar sobre o surgimento dos direitos subjetivos que, ainda que pudessem existir conceitos e instrumentos com resultados práticos análogos aos direitos subjetivos na antiguidade, a sua existência enquanto uma *idéia* só existe a partir da Idade Média.²⁵⁷

Essa problemática – quais interesses devem ser protegidos pelo direito – acompanha toda a teoria do direito desde então. Sua semântica passa por diferentes momentos, como a distinção entre direito subjetivo e direito objetivo; a hierarquia entre direito natural e direito positivo; o pandectismo e o utilitarismo; a teoria dos direitos morais (moral rights) em oposição aos direitos legais e a diferenciação entre interesse simples, interesse legítimo e direito subjetivo.

A investigação – ainda que panorâmica, dados os limites do presente estudo – da evolução dessa semântica na teoria jurídica ao longo da história é de grande auxílio. Trata-se de compreender se a *idéia* de direitos extralegais (naturais ou morais), de conteúdo fixo (imprescritível e inalienáveis) ou aberto (conforme necessidades concretas), pode ainda vir em socorro do problema da juridicidade dos interesses difusos, ou se trata-se de uma semântica já esgotada e inadequada para compreender a unidade do sistema jurídico na sociedade contemporânea.

²⁵⁷ - ALASDAIR MACINTYRE escreve que “*Seria certamente estranho que pudesse haver [na antiguidade] algo como direitos vinculados aos seres humanos, pela simples condição de ser um ser humano à luz do fato de que..... não há qualquer expressão em qualquer língua antiga ou medieval que corresponda à correta tradução da expressão ‘a right’ até o início do final da Idade Média: o conceito não encontra qualquer significado em Hebreu, Grego, Latim ou Árabe, clássico ou medieval, antes de por volta de 1400, desconsiderado também em Inglês Antigo e em Japonês até metade do século XIX*”. **After Virtue**, Notre Dame: Notre Dame University Press, 1981, p. 67. Também BENJAMIN CONSTANT “*O Grego [da antiguidade clássica] não considerava a si próprio como tendo qualquer outro direito que não aqueles dados em um determinado momento pelas leis da cidade em que ele nasceu; esses direitos poderiam ser reduzidos, pois a comunidade era soberana, e nenhum direito era inalienável. A idéia de que os pais têm um direito a educar.... seus filhos.... ou que o indivíduo tem o direito de usar drogas..... ou um direito de consumir o tempo de médicos e enfermeiras como consequência de não utilizar um cinto-de-segurança, teria parecido a um Grego ridícula demais para ser discutida*”. **The Liberty of the Ancients Compared with that of the Moderns**, in **Benjamin Constant, Political Writings**, trad. Bianamaria Fontana, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, pp. 157-158. *apud* WILLIAM A. EDMUNDSON: **An Introduction to Rights**, Cambridge University Press, 2004, pp.4-5.

Para tal empresa, será utilizada como apoio a investigação de WILLIAM A. EDMUNDSON, “*An Introduction to Rights*”, na qual é traçado um sólido esboço histórico da semântica dos direitos subjetivos (*rights*) na teoria jurídica.²⁵⁸

Conta EDMUNDSON que a concepção da idéia de um direito subjetivo remonta à polêmica escolástica na Idade Média européia acerca da legitimidade da propriedade sobre bens exteriores pelas ordens religiosas.

É uma premissa da filosofia franciscana a proibição de ter a propriedade de coisas, mas mesmo os franciscanos precisavam, minimamente, se alimentar. JOHN DUNS SCOTUS, membro da ordem franciscana sugeriu assim a distinção entre posse e propriedade (*dominium*) como uma solução pragmática para esse problema. SCOTUS propôs o conceito de um direito natural à posse de coisas como uma forma de legitimar o seu uso sem que contudo isso signifique a exclusão do uso por terceiros.²⁵⁹

Já membros da ordem Dominicana, como Sto. TOMÁS DE AQUINO, entendiam existir um poder-de-propriedade de bens exteriores concedido por graça divina. A propriedade do suficiente é absoluta. O uso do abundante deve ser compartilhado. O direito sobre coisas (o fundamento de juridicidade) é legítimo.²⁶⁰

A disputa foi finalmente resolvida no ano de 1329, quando o Papa João XXII emitiu uma Bula Pontifícia declarando simplesmente que o domínio humano sobre coisas materiais é, ainda que em miniatura, precisamente como o domínio de Deus sobre o universo. A posição oficial da Igreja, revertendo a posição franciscana de mais de meio século, se tornou a seguinte: a propriedade é natural e inescapável, pobreza apostólica é impossível e, mais ainda, comunismo primitivo é impossível – Deus nos fez como indivíduos-proprietários, ainda que em miniatura, *ab origine* – ou seja, desde o início. Mesmo no Jardim do Éden, Adão exercia poder de propriedade moral e físico sobre as frutas que ele colhia – ao menos sobre aquelas que não lhe eram proibidas.²⁶¹

²⁵⁸ - WILLIAM A. EDMUNDSON: **An Introduction to Rights**, Cambridge University Press, 2004.

²⁵⁹ - Segundo o autor “*Embora para viver seja necessário usar coisas, não é necessário ter a propriedade delas ou excluir terceiros de usá-las (...)* A visão franciscana era, em um importante sentido, consistente com a teoria dos antigos juristas romanos, que entendiam que a propriedade não era algo que ocorria na natureza, mas que apenas surgia com as instituições humanas que a definem e a realizam. Os romanos (exceto Cícero) não tinham a concepção de direitos como algo preexistente ou possivelmente oponíveis e limitadores do direito positivo (e eles notoriamente não compartilhavam as modernas preocupações imperialistas). Cristãos, de outro lado (ao contrário dos romanos), levavam muito a sério a idéia de que Deus governa um reino moral apartado do reino natural designado para o mundo, e que é o que deve ser consultado para guiar nossas vidas”. Idem, pp. 7-8.

²⁶⁰ - O problema, contudo é que “*pobreza apostólica não era uma doutrina que contasse com o apoio de toda a Igreja. Ela tinha a inconveniente implicação de que todos devem seguir o exemplo de São Francisco, e viver em condições de um pobre comunismo. Tomás de Aquino, membro da ordem rival Dominicana, já tinha abordado o problema de um modo, no mínimo, ambíguo: embora coisas materiais sejam sujeitas, em um sentido, apenas aos poderes morais de Deus, elas são, em outro sentido, sujeitas, ao menos de fato, aos poderes humanos quando quer que sejam usadas ou consumidas*”. Idem, p. 8.

²⁶¹ - Idem, ibidem.

Em outras palavras, o Papa dizia aos franciscanos que se não fossem proprietários dos bens que utilizavam estariam sendo injustos, à luz do direito divino, ao se apropriarem deles para seu sustento. No entendimento papal, o reino de Deus participa de todos os domínios. Nenhum ato humano é neutro, todos são, à luz da graça divina, justos ou injustos. Aquele que usa sem ser proprietário age, portanto, injustamente (sem direito).

A filosofia do nominalista do franciscano GUILHERME DE OCCAM, ao buscar uma resposta para a bula papal dá origem ao conceito de um direito atrelado ao indivíduo. Para tanto, é preciso compreender a participação de OCCAM na polêmica escolástica sobre os *universais*, ou seja, sobre a possibilidade da existência de um ente ontológico universal que participa de todos os particulares (ex.: reconhece-se o belo por conta de uma beleza universal que está em tudo o que é belo), ou se os universais são apenas um nome que identifica um conjunto de particulares (a beleza é um nome para designar particulares belos, estes sim com existência ontológica).²⁶²

Tratava-se não apenas de questões lingüísticas, mas sim de se estabelecer uma articulação entre fé e razão para demonstrar a existência e participação de Deus em todos os domínios. Para OCCAM, ao contrário de outros escolásticos, não existem entes universais, verdades universais, mas apenas a visão da realidade construída pela mente humana. Só a coisa individual existe efetivamente e apenas ela pode ser objeto de conhecimento. OCCAM privilegia o conhecimento intuitivo (em detrimento do empírico, já que as inferências causais são também ilusórias). A consciência individual de um objeto (e não a verificação empírica) atesta a sua existência. O conhecimento abstrato (universalidade de proposições) estuda o entendimento realizado pela experiência sensível individual.²⁶³

²⁶² - Trata-se da dialética entre o realismo e o nominalismo no tratamento da verdade. É possível reconhecer as coisas (casas, cães, homens) e qualidades (beleza) porque existiria, ontologicamente, uma casa, cão, homem, beleza enquanto realidades universais. Existiria um “ente universal” beleza, que participaria de tudo aquilo que é belo. Um ente universal cachorro, que permite reconhecer vários cachorros como pertencentes a um gênero. De outro lado, a universalidade poderia ser apenas um nome abrangente para designar várias individualidades. A polêmica acabou por se organizar em torno de saber se (a) os gêneros (cão, casa, homem) existem ou se são construtos mentais; (b) caso existam, se possuem existência corpórea ou incorpórea; e (c) se os universais existem separadamente das coisas sensíveis ou nas coisas sensíveis. Parte dos escolásticos (BOÉCIO, ABELARDO) vão concluir que os universais existem e que não são apenas um nome, mas também não são corpóreos. Sua percepção decorreria da inteligência humana acerca da atividade sensorial, percebendo-se semelhanças entre diferentes porque o univesal congrega a unidade de significados. CF. ISABEL DE ASSIS RIBEIRO DE OLIVEIRA, **Direito Subjetivo – base escolástica dos direitos humanos**, in Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 14, n. 41, 1999, p. 34. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n41/1750.pdf>, acessado em 4.7.2007.

²⁶³ - Idem, p. 35. Ainda, para OCCAM o reconhecimento de universalidades decorre do fato de que a singularidade de cada substância emite signos que são captados igualmente por todos, como a idéia de homem ou cão. A coisa individual evoca na mente humana um sinal, que é o mesmo para todos os homens.

Do pensamento de OCCAM decorre que essência e existência são inseparáveis. Matéria não é potencialidade (uma idéia que pode vir a ser), mas ato de existir. Além disso, o mundo é composto de objetos discretos, sendo impossível de se representar idéias não acessíveis à experiência: *“não seria mais possível dizer se o universo é ou não finito, é ou não governado por um Deus, eterno ou não, e mesmo se haveria um só ou muitos mundos”* o que não implicaria ceticismo ou heresia já que, para OCCAM, séculos à frente de seu tempo, a ciência e a lógica tinham um objeto diverso da religião, eram *“válidas em sua própria esfera, que não é a esfera das coisas que realmente existem, mas dos termos pelos quais elas se fazem representar em nossas mentes”*.²⁶⁴

Assim, no pensamento de OCCAM não há espaço para uma ordem holística abstrata (como a natureza humana) da qual possa decorrer um conceito de justiça, ao qual devam ser subsumidas relações entre os homens.

Dentro desse pensamento aqui sintetizado, OCCAM pretende responder à bula papal de modo a demonstrar, a partir da noção de virtude, que há coisas que não são justas ou injustas (à luz do direito divino), mas que são boas, como a castidade. Do mesmo modo haveria atos lícitos que não são justos. Assim, reformulando a idéia do *jus naturale* do direito romano, propõe o filósofo que o direito de posse é natural e é algo bom, não sujeito à comparação dedutiva com as regras do Reino de Deus.

Os franciscanos não teriam o direito legalmente positivado à posse das coisas que não são de sua propriedade, mas teriam sim um direito natural de usar, comum a todos os homens por natureza (e não por convenção), irrenunciável posto que intrínseco à vida de todos os mortais. *“É neste sentido que há uma licença para usar coisas que não pertencem aos franciscanos, licença que não é direito”*.²⁶⁵

Com isso, a idéia de direito deixa de ser o bem que pode ser propiciado pela justiça (ordenamento civil ou canônico) para designar o poder que se tem sobre determinado bem, poder este que *“não é a licença, a permissão, mas aquilo do qual o homem não pode ser privado sem seu consentimento”*.²⁶⁶ A justiça, portanto, não é mais a concepção abstrata decorrente de um ordenamento ideal, mas resultado da experiência individual nas relações humanas.

²⁶⁴ - Idem, p. 36.

²⁶⁵ - Idem, p. 37.

²⁶⁶ - Idem, ibidem.

Firma-se aqui o fundamento do conceito de direito subjetivo. Marca-se também aqui a semântica acerca do fundamento de juridicidade do direito na natureza (necessidade do uso de coisas), nas instituições humanas (convenções) ou nas instituições divinas (escrituras), que está à base da doutrina medieval das fontes do direito e, agora, da justiça na individualidade das relações.²⁶⁷

É de se ter em conta que, no contexto da Europa medieval havia leis, mas não codificações ou parlamentos editando leis diariamente. Havia ainda grande tensão entre os poderes políticos remanescentes da fragmentação do Império Romano e do surgimento da Igreja Cristã e das respectivas ordens jurídicas conviventes. Apesar disso, não consolidada ainda uma ciência propriamente jurídica, a forma lógica disponível para o direito objetivo é ainda aquela do direito romano, que remete à forma lógica de mandamentos (*thou shalt not*) a serem observados, cuja violação pode ensejar a vingança legítima do lesado (vendetta) ou a sanção pelos poderes então organizados.²⁶⁸

Com o fim do Império Romano e consolidação da Era Cristã, a convivência entre ordens mandamentais deve ser organizada. Os mandamentos de Deus, traduzidos por meio da exegese das escrituras, os precedentes da justiça eclesiástica e os cânones, compondo as fontes do direito canônico, o direito romano, com seu duplo fundamento no *jus naturale* e *jus civile* e os seus precedentes, compõem ordens jurídicas mandamentais diversas e que devem ser, por questões pragmáticas, hierarquicamente organizadas, ainda que careçam, à época, de sistematização científica.²⁶⁹

²⁶⁷- A teoria das fontes, no direito romano, possui uma conotação bastante diversa. No direito romano existe a idéia de fonte de obrigações (que podem ou não ensejar a *actio*), que pode ser um contrato ou um delito. Essa relação obrigacional, vale dizer tanto o delito quanto o contrato, por sua vez, podem ter por fundamento o *jus naturale* ou o *jus civile*. A obrigação natural não ensejava a *actio*, mas poderia produzir alguns efeitos e mesmo ser transformada em obrigação civil pela novação. Não havia contudo o conceito de uma estratificação hierárquica de fontes. Cf., MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES. **Curso de direito civil: obrigações em geral**, vol. II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros S.A., 1960, p. 47.

²⁶⁸- WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit. p. 9-10.

²⁶⁹- Deve-se ter em vista a dualidade entre o direito cristão e o direito romano até a revolução Constantina. Os cristãos, perseguidos pelo Império, submetiam seus casos não aos magistrados romanos, mas aos bispos, padres e sacerdotes. No séc. IV, quando a religião cristã se torna a religião oficial do império, há o problema de organizar as ordens jurídicas que se apresenta como político. O problema é análogo ao da formação dos Estados modernos nos sécs. XVIII e XIX, contudo, na Modernidade, a evolução intelectual de então permitia sistematizar a questão como um problema científico, o que enseja a busca pela unidade conceitual do sistema jurídico, como visto no capítulo I. Nesse sentido JAVIER HERVADA e PEDRO LOMBARDIA: “*Em linhas gerais, sem embargo, pode-se afirmar que a grande revolução cristã no que diz respeito aos princípios básicos da convivência se leva a cabo sem nenhum respaldo do Direito romano. Assim por exemplo, a idéia de desprendimento com respeito aos bens deste mundo, o sentido da igualdade entre os homens ou a concepção cristã do matrimônio começam a informar a vida dos fiéis sem que se modifique para nada o Direito romano (...)* Esta marginalidade com respeito ao Direito

Nesse cenário, o conceito de direito subjetivo vislumbrado na filosofia de OCCAM, atrelado à pessoa, “*adiciona algo não encontrado no direito objetivo: direitos subjetivos referem-se a indivíduos e definem fatos morais que os envolvem*”. Interessante notar que, na sua pré-história, o conceito de direito subjetivo não está atrelado a uma substanciação na lei da relação direito-dever, mas à justiça concreta da relação entre indivíduos, justiça essa que decorre de uma nova visão do direito natural.²⁷⁰

É certo também que essa justiça concreta na relação se configura teleologicamente. Ela é uma justiça a ser atingida. O seu fundamento está originalmente em um natural direito ao uso das coisas, mas permite também recurso à hierarquia das fontes. A justiça concreta da relação moral entre indivíduos torna possível questionar o “*direito de determinados direitos*” recorrendo à hierarquia das fontes (elidindo o paradoxo ao deixar de perguntar pelo direito da própria hierarquia entre as fontes).

A partir dessa demarcação conceitual, distinguindo entre direitos subjetivos e direitos objetivos, EDMUNDSON vislumbra o que chama de duas “*eras expansionárias dos direitos subjetivos*”, nas quais a predominância do “*rights talk*” é tamanha que os direitos subjetivos se tornam objeto de resistência.

A primeira se consolida no iluminismo, a partir da segunda metade do séc. XVIII, na qual a turbulência política da Revolução Francesa e os movimentos abolicionistas marcam, no séc. XIX, o discurso de resistência aos direitos subjetivos, dado a insegurança que eles propiciam. A segunda Era é a atualmente vivida, pós-1948, na qual os direitos humanos são acusados de imperialismo ocidentalista e antropocentrismo, no o discurso de resistência aos direitos subjetivos.

romano se acentua se se tem em conta que este tinha um caráter preferentemente jurisprudencial e, no entanto, os cristãos movidos pelo conselho de S. Paulo (1 Cor 6, 1-6) evitavam levar suas causas aos magistrados pagãos e as submetiam com freqüência à arbitragem do Bispo ou de fiéis prudentes.”, (MARZOA, A. *et alii*), **Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico**, I vol, Pamplona: EUNSA, 1996, p. 104, *apud*, FRANCISCO CAETANO PEREIRA, **Subsídios Canônicos ao Direito Processual**, disponível em <http://www.unicap.br/rid/artigos2004/subsidioscanonicos.doc>, acessado em 5.7.2007.

²⁷⁰- WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit. pp.9-10. Bem aponta o autor que a possibilidade de se atribuir um direito ao indivíduo (e não a um ordenamento) não configura per se um avanço ético. Um dos usos da semântica dos “direitos subjetivos” é a justificação da escravidão. Sendo a propriedade um direito subjetivo adquirido, como decorrência das leis naturais-divinas, pelo uso das coisas que exclui o uso por outros e que, caso assim se queira, essa coisa pode ser dada ou trocada, as pessoas têm a propriedade de seus corpos, podendo muito bem dá-los ou trocá-los ou mesmo colocá-los em risco de escravidão. *Idem* p. 16.

Cerca de duzentos anos depois da polêmica entre OCCAM e o Papa, a idéia de um direito natural à base do direito subjetivo começa a ser reformulada pelos pensadores jusnaturalistas que, contemporâneos ao surgimento e consolidação do Estado Moderno, conjugam a semântica dos direitos subjetivos com a legitimação desse incipiente Estado. A questão fundamental era, desmontada a estrutura religiosa da ordem política (separação entre Igreja e Estado), conciliar a soberania estatal com os direitos subjetivos.

HUGO GROTIUS, fundado no antigo pensamento aristotélico, sugeria que os homens possuiriam uma natureza social. Até mesmo crianças seriam capazes de, em um determinado nível, restringir o próprio comportamento no benefício de outros. Já indivíduos adultos e capazes têm a capacidade de falar e entender. Assim, é a sociabilidade e a compreensão humanas que possibilitam a justiça concreta das relações, *“justiça, assim, é a expressão de uma natureza humana que GROTIUS acreditava ser suficientemente determinante para permitir-lhe falar em leis governando essa natureza”*.²⁷¹

GROTIUS, ao contrário de seus sucessores, estava determinado a analisar toda a questão da justiça como uma questão de direitos subjetivos. Um direito subjetivo, para GROTIUS, é referido a uma pessoa, é uma “qualidade moral” inerente, que torna possível para essa pessoa ter ou fazer alguma coisa em acordo com o direito. GROTIUS, dando primazia aos direitos subjetivos em sua teoria jurídica, inovou ao não limitar o direito subjetivo ao direito de propriedade, mas a todas as possíveis ações individuais, bem como ao aproveitamento da *liberdade inerente à natureza humana*. Assim toda faculdade, possibilidade do agir, acaba por corresponder a um direito subjetivo natural.²⁷²

GROTIUS não concordava que os ordenamentos jurídicos então existentes refletissem um pacto de submissão a um soberano, mas admitia a possibilidade lógica e a legitimidade de um tal pacto. Para GROTIUS, os direitos subjetivos poderiam muito bem ser alienados (idéia a partir da qual os dominicanos justificavam a escravidão) a um soberano, pois *“a sociabilidade natural e a presunção de bom-senso dos titulares de direitos subjetivos são o que determinam, em última instância a distribuição dos direitos subjetivos nas várias nações que as pessoas constroem para si”*.²⁷³

²⁷¹ - Idem, p. 17.

²⁷² - Idem, p. 18.

²⁷³ - Idem, p. 19.

Por fim, é em GROTIUS também que surge a idéia de que a ordem natural não contém apenas mandamentos jurídicos (de justiça), mas também mandamentos de amor que, embora não perfeitamente demandáveis, é valoroso segui-los e vergonhoso não fazê-lo. GROTIUS distingue então, no próprio direito natural, entre direitos perfeitos – que podem ser demandados pelo procedimento legal ou autotutela – e direitos imperfeitos que, embora não demandáveis, são valorosos para o convívio.²⁷⁴

Já para THOMAS HOBBS, contemporâneo de GROTIUS (entre final do séc.XVI e primeira metade do séc. XVII), o estado de natureza humano não indica uma sociabilidade natural, mas de guerra mútua. Pela ordem natural das coisas, todos têm direito de fazer aquilo que julgarem necessário para a sobrevivência. O homem se torna o lobo do homem na disputa constante pelos recursos escassos. Para evitar essa situação de conflituosidade os indivíduos submetem seus direitos a um soberano, capaz de adjudicar conflitos e manejar a escassez de recursos da comunidade. As pessoas no estado de natureza têm o poder de alienar seus direitos, criando inclusive a pessoa artificial do Leviatã, que passa a ser o detentor desses direitos morais que lhe foram transferidos.²⁷⁵

Os súditos alienam todos os seus direitos subjetivos ao Estado Leviatã, exceto o direito de não ser morto, cuja proteção foi a única razão da alienação. “*De um modo contundentemente análogo ao dos Dominicanos, que usavam o direito subjetivo para justificar a escravidão, a teoria de Hobbes usa a idéia de direitos subjetivos para justificar um governo possivelmente bastante tirano*”²⁷⁶

Já na segunda metade do séc. XVII, após a guerra dos trinta anos e o tratado de Vestfália, portanto em um período de significativa paz em relação ao período anterior, SAMUEL PUFENDORF trabalha a noção (implícita em GROTIUS e HOBBS) de que nem toda faculdade, possibilidade do agir, corresponde a um direito natural. PUFENDORF conceitua a limitabilidade dos direitos subjetivos naturais (todas ações possíveis no estado de natureza) por meio do conceito de deveres correlatos a direitos. Para esse filósofo “*Nenhum direito pode ser atribuído a uma pessoa sem que ao mesmo tempo atribua certos deveres correlativos de não-interferência a outros*” afirmando já em 1672 que “*a natureza não define quais coisas em particular pertencem a um homem, e que coisas a outro, antes que eles concordem entre si acerca da sua divisão e alocação*”.

²⁷⁴- Idem, p. 20.

²⁷⁵- Idem, p. 23.

Desse modo, PUFENDORF instaura um pensamento convencionalista, inovador para a sua época, segundo o qual *“a divisão inicial deve ser considerada consensual e convencional, antes que natural, e, após isso, a apropriação de coisas que não tenham sido previamente divididas é sujeita à regra da apropriação originária, que também é, em si, uma regra convencional e não natural”*.²⁷⁷ Desse modo, os direitos subjetivos são disponíveis pelo soberano e não há um direito natural de resistência.

PUFENDORF adota também a distinção de GROTIUS entre direitos perfeitos e imperfeitos. Direitos perfeitos são honrados pelos demais pela prática ou omissão específica de algum ato (ao meu perfeito direito à vida corresponde ao dever dos demais não me matarem), mas meu imperfeito direito à gratidão ou à caridade não corresponde a um dever suficientemente específico. Essa diferença reflete uma outra diferença entre leis (da natureza) que conduzem à existência da sociedade, que criam direitos perfeitos, e aquelas que conduzem meramente a uma subsistência circunstancial.²⁷⁸

No final do séc. XVII, JOHN LOCKE propõe que todos têm um direito a se preservar, mas não um direito de prejudicar outros nessa preservação, a não ser para legítima defesa contra um ataque violento. Todos têm direito natural à propriedade privada, que deve ser respeitado pelos demais. Muito embora Deus tenha dado a Terra para a humanidade em condições de igualdade, as leis da natureza permitem a qualquer um apropriar-se, sem que seja necessária autorização dos demais, de terras, plantas, gado, e utilizar a terra como convier por meio do trabalho. A condição, dentro do pensamento de LOCKE é não prejudicar os demais, ou seja, não se apropriar de modo a que aos demais nada reste, nem se apropriar daquilo que outros já tenham se apropriado. Haveria um direito natural à indenização e à retomada da propriedade esbulhada.

A sociedade civil surge quando um grupo de indivíduos percebe a vantagem em abrir mão de seus direitos naturais a retomar a propriedade esbulhada, mantendo contudo os demais (inclusive o próprio direito à propriedade). *“Esse alcance dos direitos naturais restringe os modos pelos quais o governo pode legitimamente se originar e as finalidades que o governo, uma vez constituído, pode legitimamente perseguir, bem como a legitimidade dos meios a serem utilizados”*.²⁷⁹

²⁷⁶ - Idem, pp. 23-24.

²⁷⁷ - Idem, p.25.

²⁷⁸ - Idem, p. 26.

²⁷⁹ - Idem, p. 28.

Por isso, para LOCKE, os direitos subjetivos, fundados no direito natural, “*não levam nem à anarquia nem à tirania, mas explicam e justificam os resultados da Revolução Gloriosa que levou William e Maria II ao trono inglês*”.²⁸⁰ Ou seja, mesmo com a formação do Estado Moderno, o único direito subjetivo alienado ao governante é o de tutela desses direitos subjetivos, o que legitimava mesmo a destituição do governo constituído que desrespeitasse esses direitos. Sob a forte influência da teoria de LOCKE, THOMAS JEFFERSON lidera a declaração de independência americana em 1776, fundada justamente nos direitos subjetivos (naturais), não alienados ao soberano (GEORGE III), que vinham sendo violados.²⁸¹

Também na segunda metade do séc. XVIII, KANT, no seu “*Fundamentos da Metafísica da Moral*”, sob a influência de PUFENDORF, reconhece que o conteúdo dos direitos subjetivos (naturais) está atrelado ao conteúdo de deveres, de modo que o foco imediato desse Fundamento (*Grundlegung*) está na idéia de *dever*, que KANT localiza não nas faculdade humanas, guiadas pelos desejos, paixões e apetites, mas na razão.²⁸²

Ao contrário de GROTIUS, que entendia que os direitos naturais poderiam ser encontrados na *ordem natural*, por meio da intuição (experiência individual) e da autoridade histórica (que sintetiza a experiência passada), KANT acreditava que direitos e deveres não poderiam envolver qualquer elemento experimental ou emocional.

²⁸⁰ - Idem, p. 30. É de se lembrar que a Revolução Gloriosa pode ser considerada a primeira revolução burguesa da história. A derrubada do antigo regime limitou severamente os poderes da monarquia, instituindo o parlamento e o Bill of Rights, fundamentando o poder legítimo no respeito e na proteção à propriedade (único direito transferido ao soberano).

²⁸¹ - Lê-se claramente na declaração de independência a idéia de direitos subjetivos naturais não alienados ao governante: “*Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário a um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direito as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno às opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação. Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. Que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhe os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade. Na realidade, a prudência recomenda que não se mudem os governos instituídos há muito tempo por motivos leves e passageiros; e, assim sendo, toda experiência tem mostrado que os homens estão mais dispostos a sofrer, enquanto os males são suportáveis, do que a se desagrar, abolindo as formas a que se acostumaram. Mas quando uma longa série de abusos e usurpações, perseguindo invariavelmente o mesmo objecto, indica o designio de reduzi-los ao despotismo absoluto, assistem-lhes o direito, bem como o dever, de abolir tais governos e instituir novos Guardiães para sua futura segurança...*” Versão portuguesa disponível em http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html, acessado em 5.7.2007.

²⁸² - Cfr. WILLIAM A. EDMUNDSON, *An Introduction to Rights*, op. cit., p. 32.

Para KANT, direitos e deveres são fixados por leis auto-impostas na qualidade de seres racionais, e não por conta de necessidades físicas e psicológicas orientadas por paixões e apetites. É só no domínio da moral que a razão poderá, legitimamente, manifestar-se em toda sua pujança. A razão teórica tinha necessidade da experiência para não se perder no vácuo da metafísica. A razão prática, isto é, ética, deve ao contrário, ultrapassar tudo que seja sensível ou empírico.

A razão prática converte a moral em ética – suficiente em si para designar o conteúdo dos direitos e deveres – por meio do acesso ao conhecimento das leis morais. “*Mas o que são essas leis e como se pode conhecê-las? A resposta de Kant é que elas não se deixam conhecer pelo seu conteúdo, mas pela sua forma, e a forma dessas leis é a de um imperativo categórico: age de modo a que o máximo da sua ação possa ser, ao mesmo tempo, uma lei universal*”.²⁸³

O imperativo categórico (faça X) contrasta com o imperativo hipotético (caso queira X, faça Y). Ele deve ser seguido e sua universalidade para com os demais enseja o fundamento para a correlação entre direitos e deveres. A possibilidade de uma categoria fundamental à base da juridicidade é o que enseja o pensamento neokantiano (como em KELSEN) no séc. XIX e XX, como visto no capítulo I.

Esse o cerne da idéia de uma lei moral que se conhece pela forma, e não pelo seu conteúdo (tal qual o dever-ser de KELSEN) e que fundamenta a juridicidade (embora a noção de juridicidade não estivesse ainda presente no pensamento filosófico de então). Assim, “*os deveres que a lei moral prescreve são, pela sua própria forma, coordenados com os direitos dos demais*”.²⁸⁴

²⁸³ - Idem, p. 32. Deste imperativo decorrem outros dois: “*age sempre de maneira a tratar a humanidade em ti e nos outros sempre ao mesmo tempo como um fim e jamams como um meio*” e também “*age como se fosse ao mesmo tempo legislador e súdito na república das vontades*”. Ou seja, os deveres morais são fundamentados no respeito ao próximo, no agir considerando a visão do outro.

²⁸⁴ - Idem, p. 33. No que diz respeito à alienabilidade dos direitos (ou sujeição a deveres) o pensamento de KANT, como explica EDMUNDSON “*Ao contrário de Locke, Kant acreditava (como Hobbes) que ao abandonar o estado de liberdade natural e entrar na sociedade civil não era meramente vantajoso e opcional, mas era racionalmente compulsório. A visão de Kant sobre a questão da possibilidade do surgimento do direito de propriedade no estado de natureza era consistente com a de Locke: eles poderiam surgir. Mas, com Pufendorf, Kant dizia que ao entrar na sociedade civil a natureza e a dimensão de toda a detenção de propriedade se torna 'sujeita à disposição do Estado. Kant também negava firmemente a possibilidade de se resistir ao soberano*”. Idem, Ibidem.

É preciso manter claro em vista que, até o séc. XIX, não apenas a ciência do direito não estava formal e autonomamente consolidada como a própria prática do direito não se desvinculava da política. A semântica dos direitos subjetivos portanto era necessariamente uma semântica acerca da política, da conformação e legitimação do Estado Moderno. O único sistema então com relativa autonomia funcional em relação aos demais era o sistema econômico, por conta da monetarização da economia e do desdobramento entre posse e propriedade. A semântica dos direitos subjetivos acaba por embasar toda uma revolução política, moral, religiosa, científica familiar na Europa. Nessa esteira, sob forte influência da declaração da independência americana, eclode a Revolução Francesa, cujas causas são bastante conhecidas.²⁸⁵

Com a derrubada da monarquia é feita a leitura da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, descritos pela primeira vez como direitos humanos, naturais, imprescritíveis e inalienáveis. É claramente adotada a idéia de que há um núcleo de direitos subjetivos não alienados ao poder soberano e que, assim, legitima mesmo a retomada do poder pelo povo. O conteúdo dos dezessete artigos²⁸⁶ sintetiza a evolução da semântica dos direitos subjetivos aqui sumarizadas.

²⁸⁵- De modo bastante geral, a composição social era formada pelos chamdos Estados Gerais: 1º Clero; 2º Nobreza e o 3º Povo (que incluía a burguesia, trabalhadores, desempregados e camponeses - *sans culottes*). Os impostos pagos pelo 3º Estado sustentam o Clero e a Nobreza. Além da tensão política decorrente da estratificação, o intenso aumento demográfico não acompanhado do desenvolvimento piora as condições de vida. Com a crise LUÍS XVI começa a distribuir alimentos à população para amenizar a situação. No entanto, os alimentos são insuficientes, então o rei nomeia ministros para cobrar impostos também do Clero e da Nobreza. A colocação da questão em Assembléia entre os representantes dos 2 Estados se mostra inviável diante do sistema de votação por grupo social, o que leva à cisão do terceiro estado, que dá início à Revolução.

²⁸⁶- **Art. 1º.** Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum.

Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a prosperidade, a segurança e a resistência à opressão.

Art. 3º. O princípio de toda a soberania reside, essencialmente, na nação. Nenhuma operação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente.

Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei.

Art. 5º. A lei não proibe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser obstado e ninguém pode ser constrangido a fazer o que ela não ordene.

Art. 6º. A lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através de mandatários, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos e igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos.

Art. 7º. Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias

Contudo, como é sabido, a despeito da beleza retórica a sustentar a Revolução Francesa, a situação política muito rapidamente se deteriora. Os revolucionários se dividem em facções e a que emerge dominante – os Jacobinos – se vê diante da obrigação de governar a França em meio a ameaças de intrigas, novas cisões, e a constante ameaça da invasão de exércitos monárquicos. A falta de comida e a crise econômica continuam, e se torna inevitável a justa questão de se o povo francês não estava melhor sob os cuidados de LUIS XVI.²⁸⁷

Por volta de agosto de 1792 a guilhotina, “*apontada por um deputado da Assembléia Nacional como um meio humano e elegante de aplicação da pena capital*”, estava ocupada tirando a vida de cidadãos privados, desde sua prisão até sua execução, do mais rudimentar devido processo legal. O próprio LUIS XVI, sua mulher MARIA-ANTONIETA, LAVOSIER, os líderes jacobinos DANTON, DESMOULINS, ROBESPIERRE, o próprio GUILLOTIN foi morto pela máquina por ele inventada, e mais dezenas de milhares de vítimas.²⁸⁸

devem ser punidos; mas qualquer cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência.

Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.

Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.

Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei.

Art. 11º. A livre comunicação das idéias e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei.

Art. 12º. A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública. Esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada.

Art. 13º. Para a manutenção da força pública e para as despesas de administração é indispensável uma contribuição comum que deve ser dividida entre os cidadãos de acordo com suas possibilidades.

Art. 14º. Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15º. A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

Art. 16º. A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

Art. 17º. Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização.

²⁸⁷ - WILLIAM A. EDMUNDSON, *An Introduction to Rights*, op. cit. p. 40.

²⁸⁸ - Como WILLIAM A. EDMUNDSON bem questiona, “*O que os Direitos do Homem e do Cidadão haviam se tornado? Como disse o ator de teatro e revolucionário jacobino Collot d’Herbois ‘os direitos do homem são feitos, não para os contra-revolucionários, mas apenas para os sans-culotte’ sendo os sans-culottes, literalmente, os ‘sem-calça’, aqueles cuja vida de trabalho honesto não lhes permitia usa as calças ostentativas de que gostavam os riches égoístes, de quem eles suspeitavam conspirar para elevar o preço do pão*”. Idem, *ibidem*.

Parece correto afirmar que, os eventos que sucederam a Revolução Francesa contribuíram para desestabilizar a semântica dos direitos subjetivos. A idéia de direitos inerentes, sem qualquer controle, do direito sem razão (*a right without a reason*) contribui para formar uma resistência à semântica dos direitos subjetivos. Como coloca EDMUNDSON “*No final do século dezoito, a retórica dos direitos subjetivos tinha provado sua capacidade de inspirar e motivar indivíduos com força suficiente para derrubar a ordem política e moral. Mas não conseguiu se estabelecer como um discurso coerente e bem-fundamentado*”.²⁸⁹

Mesmo entre ingleses como EDMUND BURKE, JEREMY BENTHAM e JOHN AUSTIN, simpatizantes do movimento americano de independência (e mesmo da primeira fase da Revolução Francesa, como BENTHAM), a semântica dos direitos subjetivos não logrou êxito, ao menos não como fundamento para uma teoria do direito, dando lugar à idéia de utilitarismo. É necessário apontar também que, nesse período, já há uma consolidação mais autônoma das ciências sociais. Existe uma preocupação científica mais refinada por conta do florescimento do iluminismo, embora não chegue a refletir sobre a sua própria cientificidade como nos sécs. XIX e XX, mas o suficiente para uma busca mais consciente pelo problema da juridicidade.

Como se vê do retrospecto aqui esboçado, a despeito do sucesso político e revolucionário da semântica dos direitos subjetivos, permanece um problema saber a unidade do direito, ou seja, o elemento de coesão que permite saber quais direitos (ou interesses) devem ser protegidos, problema que se relaciona diretamente com a temática do presente estudo. Identificar a unidade sistêmica que confere juridicidade, ou seja, a distinção entre direito e não-direito, é o caminho para se avaliar as condições nas quais as decisões judiciais que tutelam os interesses difusos observam ou não essa distinção e, em que medida isso depende da semântica construída pela teoria jurídica acerca dos direitos subjetivos.

Os movimentos teóricos de resistência se formam em oposição à idéia dos direitos subjetivos como direitos naturais inerentes à pessoa e que, portanto, lhe conferem proteção jurídica em face do ordenamento constituído. Esses movimentos buscarão compreender a juridicidade, a outorga de proteção jurídica, não a partir do dogmatismo de direitos inalienáveis e imprescritíveis, mas sim de um critério de utilidade. Essas correntes estão à base da teoria dos interesses como fonte de proteção jurídica.

²⁸⁹ - Idem, p. 41.

Um desses opositores é o inglês EDMUND BURKE, que em 1790, no calor dos acontecimentos da Revolução Francesa, lança a obra “*Reflections on the Revolution in France*”. BURKE não era contrário à idéia de direitos subjetivos. Toda vantagem para a qual a sociedade foi feita constitui, na visão de BURKE, um direito subjetivo (*direito às vantagens da vida em sociedade*). Sua discordância é em relação à orientação revolucionária segundo a qual os direitos subjetivos fornecem um ponto de Arquimedes exterior aos governos estabelecidos, que permite aos portadores do direito movê-los ou destituí-los.

BURKE é também um convencionalista, assim como, séculos antes, PUFENDORF. O homem é o homem na sociedade civil, não existe algo como o homem no estado de natureza que possa ser considerado. Assim “*se a sociedade civil é o resultado de convenção, essa convenção há de ser lei. Essa convenção deve limitar e modificar todas as descrições de constituições que se formam sob ela. Toda forma de poder legislativo, judicial ou executivo são suas criaturas*” e portanto “*como poderia o homem demandar, sob as convenções da sociedade civil, direitos que não possuem mais que uma suposição de existência?*”²⁹⁰.

Se não há direito sem prévia convenção sobre eles, não faz sentido falar em um direito externo às convenções estabelecidas.²⁹¹ Não faz também nenhum sentido, para o pensamento utilitarista a idéia de um direito metafísico, imutável, inalienável que possa se tornar extremamente inconveniente, não servindo à felicidade geral das pessoas. O direito deve ser algo de útil, que sirva aos interesses das pessoas. Os resultados da Revolução Francesa mostravam o contrário. Esse pensamento segue pelo final do séc. XVIII e abre espaço, no séc. XIX, para teorias que podem ser, para fins do presente trabalho pensadas como o que EDMUNDSON chama de “*teorias do interesse*” (*interest theory*).

²⁹⁰- Segundo a análise de EDMUNDSON, “*Burke faz dois diferentes ataques na concepção lokeana de direitos subjetivos. O primeiro enfatiza a indeterminação dos direitos subjetivos, já que são entendidos abstratamente e não convencionalmente definidos e positivados por meio da lei ou ao menos pelas tradições locais ou nacionais. O segundo é um ataque moral à idéia de que os direitos subjetivos existentes podem ser opostos a padrões sociais de razoabilidade e utilidade. Ou seja, a crítica de Burke combina (talvez confunda) uma crítica convencionalista aos direitos subjetivos e uma crítica utilitarista (...) Utilitaristas acreditam que utilidade, ou ‘a maior felicidade do maior número de pessoas’, seja o padrão moral definitivo, mas que não se aplica esse padrão diretamente a atos individuais, mas apenas a categorias de atos (...) Tradição e convenção eram importantes em dois modos para Burke: elas sintetizam a sabedoria de eras acerca do que promove ou não o bem-estar de todos, e são capazes de inspirar afeição pelo que tem essa tendência – e sem essa afeição, as pessoas muito dificilmente serão motivadas a uma ação consistente*”. **An Introduction to Rights**, p. 43.

²⁹¹- Idem, p. 45.

Diz-se genericamente “*teorias do interesse*”, acompanhando a nomenclatura de EDMUNDSON (*interest theory*), para designar uma corrente teórica que não se limita à escola alemã da *jurisprudência dos interesses* de JHERING – que será vista adiante – e que não engloba outras escolas que também dispensam a idéia de direitos subjetivos, como as escolas americanas (escola do direito livre e a escola sociológica).²⁹² Aspectos mais específicos dessa corrente teórica (*interest theory*) serão abordados mais adiante.

Por ora, nesse contexto, pode ser pensada também como uma “*teoria do interesse*” o utilitarismo de JEREMY BENTHAM, que viria a influenciar todo o positivismo continental. Simpatizante do movimento revolucionário das Américas e da primeira fase da Revolução Francesa, ao contrário de BURKE, BENTHAM é um reformista. Tendo apoiado os franceses no início da Revolução, guarda contudo uma intensa suspeita da concepção jusnaturalista dos direitos subjetivos.²⁹³ Mesmo não sendo um amante das instituições como BURKE, ambos tinham em comum a suspeita da semântica dos direitos naturais.

O pensamento utilitarista de BENTHAM pode ser sintetizado na idéia de que a verificabilidade da utilidade de um direito (ou do Direito) deve ser avaliada pelo sopesamento da “*maior felicidade ao maior número possível de pessoas*”. É de se apontar que há – de modo contraditório – uma inspiração iluminista e, no seu sentido, também jusnaturalista, nessa idéia. Nela, a conceituação da juridicidade está vinculada à possibilidade do estabelecimento de uma categoria transcendental não disponível pelo direito: maior felicidade para maior número de pessoas.²⁹⁴

²⁹²- Fica em aberto aqui a análise de uma importante discussão à época acerca dos projetos de codificação do direito e do papel da própria ciência do direito nessa problemática. Uma análise profunda pode ser vista em NORBERTO BOBBIO, **O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito**, compiladas por NELLO MORRA, trad. e notas Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 2006. Pode-se dizer que o problema do positivismo jurídico e da codificação diz respeito a uma problemática da fonte de juridicidade do próprio direito objetivo e da justificação da autoridade, ou seja, o fundamento jurídico do direito. Aqui, busca-se vislumbrar a evolução da semântica, inserida nesta outra, do fundamento jurídico dos direitos subjetivos.

²⁹³- WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit. p. 51.

²⁹⁴- Como bem analisa NORBERTO BOBBIO, “*Esta inspiração iluminista do pensamento de Bentham parece ser posta em dúvida pela sua nítida oposição ao jusnaturalismo, doutrina tipicamente iluminista. Na realidade, ele era contrário a essa doutrina somente porque parecia inconciliável com seu empirismo, originando-se da metafísica, fundada num conceito – o da natureza humana – não suscetível de um conhecimento experimental. Contudo, ele tem em comum com os filósofos racionalistas a idéia fundamental de que nasce o jusnaturalismo: a convicção da possibilidade de estabelecer uma ética objetiva, isto é, uma ética fundada num princípio objetivamente estabelecido e cientificamente verificado, do qual se pode deduzir todas as regras para o comportamento humano (...). A diferença entre BENTHAM e os jusnaturalistas consiste somente em que ele localiza esse princípio fundamental e objetivo não na natureza do homem, mas no fato empiricamente verificável de que cada homem busca a própria utilidade: a ética se torna assim o complexo das regras segundo as quais o homem pode conseguir a própria utilidade do modo melhor*”. **O positivismo jurídico**, op. cit. p. 92.

BENTHAM, portanto, não se posicionava contra a idéia de direitos subjetivos em si, mas fora do contexto da lei positivada, os direitos subjetivos seriam mera ficção. BENTHAM não estava disposto a aceitar qualquer sentido para a idéia de direitos naturais ou morais aparte de um sistema legal, de modo que não chega a formular qualquer concepção acerca de um direito utilitarista de natureza moral. “*Bentham é uma figura importante na história dos direitos subjetivos por duas razões: primeiro, por sua crítica negativa à idéia de direitos subjetivos naturais; segundo, pela sua valoração positiva de direitos subjetivos positivo, ou seja, legalmente reconhecidos*”.²⁹⁵

É de se ter em mente que, como visto, a semântica iluminista de direitos subjetivos fundados na abstração de uma *ordem natural* remonta ao pensamento medieval escolástico. O discurso dos direitos subjetivos como naturais, inalienáveis, imprescritíveis buscava legitimar a tomada do poder pela burguesia na Revolução Francesa mas, se comparado com os pressupostos filosóficos da Revolução Gloriosa, há inconsistências pois, aqui, a agenda filosófica do iluminismo é racionalista e não teológica.

Vale dizer, os avanços científicos e a racionalidade experimentalista não se coadunavam com a metafísica da idéia de uma *ordem natural de direitos*. Firmava-se à época, o cientificismo também nas ciências sociais. O positivismo de COMTE emanava suas influências metodológicas no esforço pelo reconhecimento de cientificidade também às ciências sociais que, para os padrões de racionalidade científica de então, demandavam possibilidade de verificação empírica.

E BENTHAM é fundamentalmente empirista. Os *direitos subjetivos* para serem qualquer coisa deviam ser passíveis de serem submetidos a um teste de verificabilidade, para o que a idéia de utilidade (às necessidades humanas) fazia mais sentido do que uma “*natureza humana*” teoricamente imodificável mas, na prática, inverificável e bastante instável.²⁹⁶

²⁹⁵- WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to rights**, op. cit. p. 52.

²⁹⁶- Nas palavras de BENTHAM “*Compare a lista de direitos, a quem quer que eles pertençam, ao homem ou ao cidadão, ou ao homem na sociedade, acharemos que, entre o ano de 1791 e 1795, apesar de inalienáveis, eles passaram por uma mudança, para um rol de direitos inalienáveis, eles têm se mostrado bastante instáveis. Em 1791, havia pelo menos dois delts – liberdade e igualdade. À época em que o segundo artigo da declaração foi elaborado, três novos vieram à tona... ou seja, propriedade, segurança, e resistência à opressão: ao total, quatro... não, cinco; pois no mesmo intervalo um acidente aconteceu com a igualdade, e de algum modo, ou outro, não mais se a encontrava. No intervalo entre 1791 e 1795 foi encontrada novamente..... mas procurando pelo direito de resistir à opressão, vê-se que ele foi posto para fora*”. **Anarchical Fallacies in The Works of Jeremy Bentham** Ed. John Bowring. Edinburg: William Tait, 1843, p. 525, *apud* WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit. p. 53.

Mais do que instável na prática, a idéia de um direito atrelado à pessoa, anterior ao próprio direito estatal e absolutamente imutável, aparece como um conceito não-verificável, não sujeito à análise (empírica) de veracidade.²⁹⁷ Assim, BENTHAM, forte partidário da codificação e crítico da *common law*,²⁹⁸ dispensa o conceito de *direito subjetivo* e foca o *direito objetivo* a partir de um conceito utilitarista.

É “*de direito*” (direito objetivo) aquilo que é vantajoso para a sociedade, podendo ser alterado conforme cessar a vantagem para a sociedade. Direitos imprescritíveis e imutáveis engessariam a sociedade para sempre, lhe privando de fruir vantagens. Igualmente, a idéia de um contrato social que dá origem à sociedade lhe parece um sofisma, já que “*contratos vêm de governos, não governos de contratos*”.²⁹⁹

BENTHAM faz ainda uma importante crítica dos direitos subjetivos. Para esse autor, todos os direitos subjetivos existem às custas da liberdade dos outros. Liberdade não tem qualquer significado a não ser que se garanta alguma proteção contra interferência. Essa proteção se manifesta, necessariamente, como constrição da liberdade alheia. Essa crítica põe o jusnaturalismo diante de um dilema, ou ignorar esse fato e proibir o governo de interferir de qualquer modo na liberdade individual, e aceitar a anarquia; ou tomar conhecimento desse fato e qualificar – legalmente – o direito de liberdade para permitir apenas as restrições necessárias para proteger a liberdade contra interferência. Mas a necessidade de qualificação legal contradiz o pressuposto do direito natural. Do mesmo modo o direito de propriedade: se todos têm direito à propriedade, toda propriedade é de todos, e nenhuma exclusivamente de alguém. A idéia de um direito imprescritível de todos à propriedade torna a propriedade pouco segura, a não ser que limitações a esse direito sejam especificadas, o que só é possível diante da estrutura de um ordenamento legal.³⁰⁰

²⁹⁷- Diz BENTHAM: “*Qual a verdade das coisas? Que não há nada como direitos subjetivos naturais – como coisas anteriores ao estabelecimento de um governo – não há coisas como direitos subjetivos naturais oponíveis a direitos legais: a expressão é meramente figurativa, quando usada no momento em que se pretende conferi-la um significado literal ela leva a erro, e ao tipo de erro que leva a caos (mischief) – ao extremo do caos (mischief) (...) Qual é o modo correto, de pleno sentido, para tratar essa mesma questão? Que na mesma proporção que é de direito ou correto, i.e., vantajoso para a sociedade em questão, que este ou aquele direito subjetivo – um direito a este ou aquele efeito – deva ser estabelecido ou mantido, na mesma proporção é errado que ele deva ser ab-rogado: mas isso significa que não há qualquer direito que não deva ser mantido, desde que seja vantajoso para a sociedade como um todo, e não há direito que, quando sua abolição for vantajosa para a sociedade não deva ser abolido*”. Idem, pp. 500-501, *apud* WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit. pp. 53-54.

²⁹⁸- V. sobre essa abordagem NORBERTO BOBBIO, **O positivismo jurídico**, op. cit. p. 91-101.

²⁹⁹- Idem, pp. 501-502, *apud* WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit. pp. 55.

³⁰⁰- WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit. pp. 55.

BENTHAM via, já no início do séc. XIX, o problema inerente ao grau de abstração da proposta dos direitos subjetivos de então, o que é bastante análogo ao problema do grau de abstração dos interesses difusos. Não é possível saber de antemão quais são os programas decisórios que decorrem de tais direitos (ou interesses). Na prática, não há qualquer direito, mas apenas expectativa de decisão sobre um direito.³⁰¹

É certo que o contexto aqui é outro. A preocupação de BENTHAM decorre, além da perspectiva científica positivista, do seu posicionamento reformista. BENTHAM adere às preocupações iluministas em relação ao antigo regime, desvantajoso para a sociedade e, portanto, contrário aos pressupostos utilitaristas.

A tônica dessa preocupação – que se aplica também ao problema dos direitos subjetivos naturais – pode ser extraída a partir das críticas dirigidas por BENTHAM ao sistema inglês da *common law*, como anota BOBBIO: **(a)** *incerteza do direito judiciário*, que não satisfaz a exigência fundamental de toda sociedade à segurança do direito e à previsibilidade das próprias ações; **(b)** *retroatividade do direito judiciário*. O direito criado *ad hoc* na decisão judicial acaba por atuar retroativamente no caso concreto; e **(c)** *o direito judiciário não é fundado no princípio da utilidade*, já que sua fórmula casuística impede a orientação coerente com um princípio único. O legislador, de outro lado, pode criar um sistema completo buscando a satisfação do maior número de pessoas; **(d)** *o juiz não tem competência específica para todos os campos do direito*, e ainda assim é obrigado a decidir sobre qualquer controvérsia, o que não ocorre com o legislador; e **(e)** *o povo não pode controlar a produção do direito pelos juízes*, ao passo em que pode fazê-lo no parlamento.³⁰²

Quanto aos direitos subjetivos positivados, BENTHAM sublinha tratem-se mais propriamente do correlato dever decorrente do poder de comando ou proibição de uma autoridade. “*Estar sujeito a um dever legal é simplesmente está sujeito a um comando de proibição de uma pessoa ou uma classe de pessoas que atue com autoridade oficial. Quem tem um direito subjetivo legal? A pessoa ou classe de pessoas que se beneficia da existência de um dever legal. É a isso que nos referimos quando falamos de direitos subjetivos*”.³⁰³

³⁰¹ - Contudo, BENTHAM parece alheio ao fato de que esse problema é ainda maior quando se trata de proteger vantagens que não são homogêneas.

³⁰² - NORBERTO BOBBIO, **O positivismo jurídico**, op. cit. pp. 97-99.

³⁰³ - WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit. p. 57.

E o estabelecimento desses deveres, para BENTHAM, deve seguir também o princípio utilitarista, nas suas palavras:

Um ato é uma entidade real: a lei é outra [sendo a lei o comando ou proibição emanada por uma pessoa competente]. Um dever ou obrigação é uma entidade fictícia concebida como resultado da união das duas anteriores. Uma lei comandando ou proibindo um ato cria assim um dever ou obrigação. Um direito é outra entidade fictícia, um tipo de entidade fictícia secundária. Resulta de um dever. Proponha-se qualquer dever: ou alguém está sujeito a ele ou ninguém. Se não há ninguém, esse dever não deve ser criado: nem há qualquer direito que a ele corresponda. Se há alguém, esse alguém é ou a parte sujeita ou alguma outra. Se é ele próprio a parte sujeita, então o dever, se assim deve ser chamado, é um dever dele para consigo; nesse caso não há qualquer direito que corresponda a esse dever. Se há qualquer outra parte, então há um dever para com essa outra parte: e aí essa outra parte tem, em algum grau, um direito a ver esse dever cumprido, talvez mesmo um poder: um poder de compelir ao cumprimento desse dever.³⁰⁴

Assim, ter um direito subjetivo – legalmente positivado – é, em essência, ser o beneficiário do cumprimento do dever legal por outro. Trata-se de uma “*interest theory*” no sentido de que qualquer dever legal (por parte de outrem) que me beneficia me dá um direito a esse dever. Como explica EDMUNDSON, BENTHAM permitiu um importante avanço na teoria dos direitos subjetivos ao isolar o elemento subjetivo de ter um direito e especificar que isso consiste no benefício conferido, ao menos potencialmente, ao portador do direito, e que pode ser concretizado por uma autoridade legal.³⁰⁵ Ao contrário da visão da tipicamente legalista/positivista, BENTHAM não via o direito como aplicação de quaisquer regras abstratas, mas sim de regras que considerem os interesses em jogo (o benefício concreto decorrente dessas regras) e, por esse critério modificáveis.³⁰⁶ Contudo, diferente de JHERING, para BENTHAM essas regras devem ser feitas pelo legislador.

BOBBIO também entende que a posição de BENTHAM é análoga à *jurisprudência dos interesses* de JHERING, que surge na segunda metade do séc. XIX, e portanto se coaduna com o conceito de uma “*interest theory*”.

O grande mérito de JHERING, como já aludido, relaciona-se mais a questões metodológicas para a ciência do direito (*o que é direito*) do que propriamente à conceituação do que sejam os direitos. Para JHERING, um direito, no sentido possível de direito subjetivo, é o *interesse juridicamente protegido*, o que deixa em aberto a questão – que remete ao início da investigação: quais são os interesses juridicamente protegidos?

³⁰⁴- JEREMY BENTHAM, **Of Laws in General**, Ed. H.L.A. Hart. London: Athlone Press, p. 293-294, *apud* WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit. p. 57.

³⁰⁵- WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit. p. 58.

³⁰⁶- NORBERTO BOBBIO, **O positivismo jurídico**, op. cit. p. 98.

Para a *jurisprudência dos interesses* de JHERING (a segunda fase de seu pensamento) e PHILIPP HECK, ao contrário do quanto pensado pelo projeto pandectista da escola histórica, não há possibilidade de um direito ideal decorrente da perfeita organização científica dos textos de lei.³⁰⁷ O direito nasce da luta dos interesses. A aplicação do direito não revela uma verdade etérea qualquer, as regras surgem conforme surgem os interesses. Como descobrir então os interesses? Aqui o giro metodológico: pela observação dos interesses na sociedade, pela observação da sociedade (e não do direito).

Enquanto a *jurisprudência dos conceitos* limita o juiz à subsunção lógica da matéria de fato aos conceitos jurídicos e, nessa conformidade concebe o ordenamento como um sistema fechado de conceitos jurídicos, a *jurisprudência dos interesses* tende para a da valoração da vida social. As leis são resultantes dos interesses de ordem material, nacional, religiosa e ética (HECK).³⁰⁸

Sob forte influência de JHERING, HECK critica a limitação do trabalho do juiz à mera subsunção de fatos aos conceitos jurídicos e a idéia de direito como um sistema fechado, hermético, defendendo a idéia de uma *ação do direito sobre a vida, tal como ela se realiza nas decisões judiciais*. Para proferir uma decisão haveria a necessidade fundamental de se conhecer os interesses reais motivadores da criação daquela lei. Esses interesses expressariam, na verdade, forças sociais de onde adviria a causa da ação legislativa. A ordenação dos interesses em luta entre si exigiria a concepção de uma *ordem a promover* pelo legislador e determinada por juízos valorativos.³⁰⁹

³⁰⁷- Como lembra BOBBIO, para os pandectistas a codificação do direito como um todo já ocorrera com o Código de Justiniano. Cabia à ciência do direito organizar de modo sistematizado, lógico e coerente essa legislação, incorporando a legislação atual, para conferir unidade ao direito. Para a escola tedesca do início do séc. XIX a principal fonte do direito (fonte de juridicidade) era a ciência do direito. Existia um direito ideal assim decorrente da técnica científica de organização do direito. A primeira fase do pensamento de JHERING busca justamente a revelação dessas técnicas, cf. NORBERTO BOBBIO, **O Positivismo Jurídico – lições de filosofia do direito**, op. cit., pp. 123-127.

³⁰⁸- Como explica KARL LARENZ, “Ao exortar o juiz a aplicar os juízos de valor contidos na lei com vista ao caso julgando, a *jurisprudência dos interesses* – embora não quebrassem verdadeiramente os limites do positivismo – teve uma atuação libertadora e fecunda sobre a geração de juristas, educada num pensamento formalista e no estrito positivismo legalista”. **Metodologia da Ciência do Direito**, 3ª edição, trad. José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997 p.69.

³⁰⁹- Por isso, segundo LARENZ, a *jurisprudência dos interesses* “*revolucionou efectivamente a aplicação do Direito, pois veio a substituir progressivamente o método de uma subsunção nos rígidos conceitos legislativos, fundamentada tão-somente em termos lógico-formais, pelo juízo de ponderação de uma situação de facto complexa, bem como de uma avaliação dos interesses em jogo, de harmonia com os critérios de valoração próprios da ordem jurídica (...) A jurisprudência dos tribunais veio-se abrindo progressivamente aos eventos da vida, tornando-se metodicamente mais consciente, mais livre e mais diferenciada*”. Idem, p. 77.

O juiz deve, portanto, olhar para fora do sistema jurídico para ponderar os interesses e os valores envolvidos, considerando fatos sociais, econômicos e políticos nas suas qualidades intrínsecas (não-jurídicas). Essa concepção – que encontraria posterior resistência no neopositivismo – influencia até hoje a prática das Cortes Constitucionais e a teoria constitucional como um todo, em especial a dogmática da proporcionalidade e da razoabilidade.

Contudo, a virada metodológica do interesse reabre o problema para o qual BENTHAM buscava solução com o princípio geral da utilidade (e Kelsen futuramente com a teoria pura da norma jurídica), que é justamente o da unidade do ordenamento jurídico. Direito é o interesse juridicamente protegido, mas não o interesse protegido previamente na legislação e sim percebido pelo julgador no caso concreto, por meio da ponderação. Mas como saber de antemão quais são os interesses que merecem proteção jurídica? Mesmo em BENTHAM, o princípio da utilidade não permite uma tal conclusão, consistindo simplesmente, tal qual a proporcionalidade, em um método para formular o interesse/direito.

Trata-se, para o autor, de um problema de diferenciar abordagens conceituais ou justificatórias dos direitos subjetivos.

De um lado há correntes que buscam compreender quais direitos (ou interesses) devem ser protegidos pelo sistema jurídico a partir de uma fórmula conceitual, da qual se derivariam esses direitos; de outro, há as correntes que pensam os direitos (ou interesses) a partir dos motivos (éticos, sociais, filosóficos, políticos, etc.) que se apresentem para sua proteção jurídica.³¹⁰

³¹⁰- Segundo o autor, “*Questões conceituais dizem respeito a o que são os direitos subjetivos, do que eles são feitos, e o que decorre da afirmação de que X tem direito a tal-e-tal (...) Questões justificatórias, em contraste, focam no fundamento, motivos e distribuição de direitos. Dado que direitos subjetivos são uma coisa qualquer, por que devemos pensar que existem direitos? Quais os motivos para que se atribuam direitos às pessoas? Para que servem direitos e se precisamos deles? (...) A abordagem conceitual e a abordagem justificatória estão misturadas em um nível ainda maior hoje, quando nos vemos inseridos no que eu chamo de segundo período expansionista. Muitas pessoas têm se alarmado pelo fato de que a semântica dos direitos subjetivos tem sido enfraquecida pela falta de precisão conceitual. Muitas questões morais têm sido colocadas, inapropriadamente, em termos de direitos, ou ao menos assim temem alguns. Isso poderia levar a uma desvalorização dos direitos subjetivos e à conseqüente perda da sua contribuição para o nosso pensamento moral. Direitos de animais, fetos, grupos, meio ambiente, e assim por diante são frases que se teme que gerem mais calor do que luz (more heat than light). Nesse contexto, apenas alguns poucos pensadores têm buscado maior meticulosidade conceitual, e proposto análises conceituais que poderiam conter a proliferação da demanda por direitos*”. **An Introduction to Rights**, op. cit. p. 119-120.

A influência dos utilitaristas contribui para o desenvolvimento das correntes segundo as quais a existência de direitos subjetivos se *justifica* pela proteção do interesse do portador do direito. Esse é o cerne do que EDMUNDSON chama de “*interest theory*” ou “*benefit theory*” (que não se identifica com a jurisprudência dos interesses). De acordo com essa corrente “*direitos existem para servir a interesses relevantes do right-holder e diferentes tipos de interest theory podem variar de acordo com qual interesse deva ser tido por relevante*” contudo, isso não significa que “*o interesse de outras pessoas na sociedade não conte: significa apenas que o foco da função dos direitos é proteger o titular do interesse e não os interesses em geral*”.³¹¹

A *interest theory* possui assim uma dimensão conceitual bastante modesta: “*apenas seres capazes de ter interesses são candidatos a titulares de direitos*”, mas a teoria, em si, não traça qualquer delimitação na categoria “*seres capazes de ter interesses*”. Como bem nota o autor, o problema central dessa teoria é que ela “*não identifica nem distingue entre interesses. Ela não indica o que são interesses ou se todos são importantes o suficiente para gerar os deveres correlatos (...) a teoria do interesse exibe uma espécie de poder proliferador que muitos acham atraente, mas outros acham perturbador*”.³¹²

À corrente das teorias do interesse (*interest theory*), EDMUNDSON contrapõe a corrente das teorias da vontade (*choice theory*), que centram o conceito de direito subjetivo na disponibilidade desse direito pelo titular (possibilidade de escolher entre exigir ou renunciar). A *choice theory* (teoria da vontade) não se limita também à teoria de WINDSCHEID. Trata-se aqui da perspectiva que seria retomada por HART na segunda metade do séc. XX, e que remete ao pensamento de AUSTIN, para quem um direito pode ou não conferir um benefício ao titular, mas o teste de sua juridicidade é a existência de uma medida judicial cabível para o caso de violação do dever correlato.

A *choice theory* (entre elas a de WINDSCHEID) foca na possibilidade de o titular fazer valer juridicamente seu direito demandando o devedor. Por isso, para essa teoria, nada conta como um direito a não ser que haja um titular com a opção de exigir ou renunciar ao dever correlato. “*Sua dimensão justificatória pode ser assim colocada: a função dos direitos subjetivos é a de proteger e promover a autonomia individual*”.³¹³

³¹¹ - Idem, p. 121.

³¹² - Idem, pp. 121-122.

³¹³ - Idem, p.122.

A dimensão conceitual dessa teoria é problemática, pois insiste na afirmação de que os direitos subjetivos devem ser submetidos a um *teste de validade*, o qual determina a possibilidade deles serem demandáveis perante terceiros.

A idéia não é propriamente limitar os direitos subjetivos, mas sim estipular que, dado um determinado ordenamento jurídico, as decisões judiciais e outros atos oficiais não criam direitos subjetivos a não ser que esses passem no teste de verificabilidade. Esse teste gira em torno das convenções jurídicas acerca da existência de um direito subjetivo. Não basta que ele seja posto pela autoridade competente, ele deve ser também reconhecido pelas convenções jurídicas como um direito. Essas convenções não estariam ligadas à concepção utilitarista (reconhecer como direito aquilo que traz maior felicidade ao maior número de pessoas) mas sim à correlação entre direitos e deveres, e imporiam um teste de validade segundo o qual um direito pleiteado é ou não reconhecido.³¹⁴

Esse teste de validade, contudo, não depende exclusivamente da verificabilidade do dever correlato no texto da lei positiva. Ele precisa ser reconhecido nas convenções jurídicas (da prática dos Tribunais), que podem se pautar pelo texto da lei positivada ou outro material jurídico (precedentes, doutrina, princípios, etc.), sem perder em juridicidade. Daí a falar-se em obrigações legais e obrigações morais:

O discurso nos Tribunais sugere que o dever de X, uma vez apartado de qualquer exigibilidade legal por parte de Y, não merece mais ser chamado de um dever legal: é meramente um dever moral (...) um direito subjetivo positivado, para a *choice theory*, está conceitualmente conectado com a posse pelo titular de poderes para exigir ou renunciar ao dever correlativo ao direito; e um direito subjetivo positivado, para a *choice theory* não pode ser adequadamente compreendido nos termos rudimentares de BENTHAM – ou seja, como um dever de beneficiar [o interesse alheio].³¹⁵

Trata-se assim de uma retomada da idéia de direitos perfeitos (passam no teste de validade) e direitos imperfeitos (não passam no teste de validade). São direitos imperfeitos (morais) aqueles aos quais não corresponda – nas convenções jurídicas – o reconhecimento da possibilidade para o portador do direito de exigir ou renunciar o cumprimento do dever correlato.

³¹⁴- Por isso, como explica EDMUNDSON, “Essas convenções linguísticas governando o uso jurídico do termo direitos subjetivos não se comportam de modo tão elementar como na formulação [utilitarista] de BENTHAM [o que trazer maior felicidade]. As convenções jurídicas indicam que o direito reconhece um direito subjetivo de X em face de Y apenas quando Y tem um dever para com X, e X pode decidir exigir ou não de Y o cumprimento desse dever. As convenções jurídicas não mostram que o direito reconhece um direito subjetivo de X em face de Y em todos os casos em que Y esteja obrigado a um dever cujo cumprimento poderia beneficiar X. Na verdade, a existência de um direito subjetivo de X depende de X ter o poder de exigir ou renunciar ao cumprimento do dever legal por parte de Y”. Idem, p. 123.

³¹⁵- Idem, p. 124.

A idéia do reconhecimento convencional de direitos como critério para identificar a unidade da juridicidade, que separa direitos legais (perfeitos) e morais (imperfeitos), é mais clara no sistema da *common law*. Pode-se afirmar que no sistema continental esse reconhecimento convencional deve decorrer com clareza da lei positivada, sendo de pouco ou nenhum sentido a distinção entre *direitos legais* e morais. Contudo, uma tal afirmação veria apenas aspectos sintáticos dos respectivos ordenamentos. Em termos semânticos e, sobretudo, pragmáticos³¹⁶ o problema é exatamente o mesmo tanto na *common law* quanto na *civil law*: extrair das convenções jurídicas o conteúdo da norma. Essas convenções se manifestam na *common law* por meio dos precedentes (e também da farta legislação estatutária) judiciais. Na *civil law* por meio dos textos de lei.³¹⁷

Essa abordagem gera também seus problemas. Por exemplo dizer que crianças e incapazes não têm direito porque não se lhes reconhece a capacidade de exigir ou renunciar ao cumprimento do correlativo dever. Ou, o fato de que alguém pode ter direito a não ser espancado na esfera civil, mas não na esfera penal. Tenha-se o seguinte caso descrito por EDMUNDSON:

Suponha que haja uma lei determinando que expor alguém a perigo é um crime, mas que não haja possibilidade de indenização civil pelo simples fato de ter sido exposto a perigo, sem que se tenha sofrido qualquer dano. Agora, suponha que X viole essa lei agindo de uma maneira que exponha Y a perigo – suponha que X dirija em alta velocidade no lado errado de uma rodovia, expondo a risco, mas sem causar danos, Y. *Choice theory* irá insistir que não há nada de estranho em dizer que, embora X tenha violado um dever legal, X não violou qualquer direito titularizado por Y. E, se ainda assim, essa resposta não soar bem, a *choice theory* dirá que nossa discordância é com a disparidade entre a realidade descrita – que Y não tem um direito subjetivo – e nossa valoração dessa realidade – que Y deveria ter esse direito.³¹⁸

Assim, a *choice theory* demanda uma forma conceitual mais definida dos direitos subjetivos positivos do que a *interest theory*. A proliferação incontrolável de direitos da *interest theory* parece ilimitada, ao passo em que a *choice theory* limita os direitos ao mínimo necessário para que cumpram a sua função, ou seja, não servir aos interesses em geral, mas aos interesses individuais no exercício da autonomia da vontade.

³¹⁶- Sobre as dimensões sintática, semântica e pragmática da normatividade v. o indispensável trabalho de TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., *Teoria da Norma Jurídica*, 4ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

³¹⁷- Em ambos os sistemas o juiz está obrigado a decidir os casos concretos, devendo extrair a partir do material disponível a *convenção jurídica* que indica a existência ou não de um direito subjetivo. Esse material jurídico (textos) pode indicar com mais ou menos precisão sintática a *convenção*, mas essa indicação é sempre contingente diante do âmbito semântico e pragmático da aplicação da norma. Vale dizer, o sentido contemporâneo da hermenêutica é muito claro ao indicar que o julgador vai muito além da busca do sentido do texto legal (pelos métodos clássicos: gramatical, histórico, sistemático e teleológico) para chegar no sentido da norma.

Quando se aborda essa polêmica da perspectiva justificatória – e não apenas conceitual – percebe-se as suas implicações para a compreensão da possibilidade de direitos subjetivos de natureza moral:

Uma vez que a *choice theory* é tida como comprometida com a tese de que a única razão de ser dos direitos subjetivos é promover o exercício da autonomia da vontade, parece decorrer que os únicos seres elegíveis a portadores de direitos são os seres capazes de autonomia. Em particular, nenhum dos seguintes contariam como possíveis portadores de direitos subjetivos morais: crianças, os mentalmente incapazes, os mortos, as futuras gerações, animais, o ecossistema, objetos naturais e manufaturados em geral. Ou, mais precisamente, nenhum dos membros dessas categorias poderia ser qualificado como um titular de direito a menos que eles (e não algum representante) possuam, em algum sentido, capacidade de escolha autônoma (...) Contudo, dizer da criatura X que X não possui direitos subjetivos morais não é o mesmo que dizer que não haja obrigações morais regendo o tratamento de X (...) *Choice theory* nega a possibilidade de se atribuir direitos morais ou positivados a bebês, mas é plenamente consistente com a idéia de que bebês são beneficiários de um conjunto de deveres morais portados por todos os integrantes da comunidade de agentes com vontade autônoma.³¹⁹

Nesse cenário, a *choice theory*, na forma como vista por EDMUNDSON oferece uma alternativa teórica bastante razoável para pensar o fundamento da juridicidade da proteção dos interesses difusos, desde que se possa contar com uma ordem moral de valores clara no ordenamento. Segundo essa concepção teórica, em vez de se pensar na proteção jurídica de interesses (ou seja, aquilo que beneficia o interesse passa a gozar de proteção) pensa-se na proteção moral como suficiente para gerar obrigações *legais*, sem que se precise reconhecer um direito correlato (no sentido da atribuição a um titular da possibilidade de exigir ou renunciar o dever correlato).

Os interesses difusos não teriam assim a forma de um *direito*, mas de deveres, resultantes das obrigações morais de tratamento de determinado bem, amparadas – com força coercitiva – pelas *convenções jurídicas*.

Trata-se de uma idéia que redundava, novamente, em interesses juridicamente protegidos sem beneficiários determinados. A inserção do domínio moral na *choice theory* – reconhecimento de deveres legais por conta do reconhecimento de obrigações morais (que não podem ser exigidas juridicamente pelo beneficiário) – a reconcilia com a *interest theory*, inserindo o dado de que nem todo interesse (satisfação de necessidades) gera um dever legal, mas apenas aqueles atrelados a obrigações morais.

³¹⁸ - Idem, p. 125.

³¹⁹ - Idem, p. 127.

Essa concepção – após a longa digressão na história da semântica dos direitos subjetivos – parece constituir o arcabouço conceitual dos interesses difusos: a necessidade moralmente reconhecida da satisfação da necessidade indivisível de beneficiários indetermináveis e que, por isso, não podem demandar essa satisfação de alguém, mas cuja proteção jurídica (nas *convenções jurídicas*) gera deveres legais. Permanece em aberto, contudo, quais são as necessidades moralmente reconhecíveis que gerarão os deveres legais.

Interesses difusos, portanto, não são direitos, não têm a forma lógica de um direito, mas sim a forma de deveres decorrentes de obrigações morais (não demandáveis pelo titular) relativas a interesses (satisfação de necessidades) e que o ordenamento protege na qualidade de direitos.

E o que significa essa equiparação, ou seja, proteger interesses na qualidade de direitos? Não se trata apenas de um meio necessário para propiciar tutela jurisdicional. Como visto, o conceito moderno de jurisdição comporta sem maiores problemas a tutela de interesses sem que eles precisem ser equiparados a direitos. O problema central da equiparação diz respeito aos conflitos entre interesses e direitos. Garantir ao interesse (dever legal oriundo de uma obrigação moral – sem titular correlato) a mesma proteção jurídica que aos direitos, significa que interesses podem ser opostos a direitos subjetivos.

Mas direitos subjetivos surgem e existem justamente para proteger seus titulares da luta pela satisfação de interesses na sociedade. Se direitos subjetivos não são oponíveis à determinação da satisfação de um interesse difuso, a *forma* do interesse difuso se transforma em um perigo para os direitos, em especial a liberdade. Na análise de FERRAZ JR., o perigo na sociedade de massas é justamente o direito de massas (difuso) passar a ser um distribuidor de riscos e deixar de proteger as pessoas.³²⁰

³²⁰- Segundo coloca: “*nessa sociedade de massas, a idéia do risco começa a ser muito mais importante do que a idéia de liberdade. De fato, ela é que começa a tomar conta do direito. Eu diria — talvez assim, apenas para abusar da generalização — que hoje em dia vivemos muito mais em função do risco do que em função da liberdade. E toda a questão da proteção do direito e do modo pelo qual nós vemos os nossos direitos e, em consequência, a própria idéia de interesses difusos vive muito mais em função dessa responsabilidade voltada para o risco do que voltada para a liberdade (...) Vivemos, portanto, numa sociedade de massas onde a noção do risco é uma noção fundamental. E isto está provocando uma imensa transformação no próprio direito*”. TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. **A Tutela dos Interesses Difusos – debates**, Realizado a título de encerramento do Seminário Sobre a Tutela dos Interesses Coletivos, na Faculdade de Direito da USP, disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/55>, acessa do em 5.7.2007.

Vale dizer, quando a massificação das relações massifica também o próprio direito, e exclui o conceito de indivíduo-portador-do-direito frente à luta por interesses tipicamente difusos, a tutela de interesses passa a operar como mero cálculo de riscos: o risco da tutela judicial para um ou para outro interesse.³²¹

A esse problema parece correto acrescentar, dentro do foco do presente estudo, que a falta de controle do direito sobre seus próprios critérios abre as portas para o uso político de operações jurídicas para desconsiderar, legalmente, direitos e interesses individuais, coletivos e difusos.

A investigação aqui levada a termo permite perceber que a semântica dos direitos subjetivos é uma semântica cujas possibilidades parecem já esgotadas pela teoria jurídica ao longo dos últimos séculos. Ela não fornece um amparo conceitual ou justificatório consistente para a tutela dos interesses difusos.

Ainda, a equiparação funcional entre os interesses difusos e direitos subjetivos promovida pela legislação torna esses interesses um perigoso instrumento para a atuação do Poder Estatal, pois permite impor deveres sem a satisfação de correlatos direitos. Assim, quando a atividade política do Estado é jurisdicionalizada na *forma* da tutela de interesses difusos não se pode opor a essa atividade direitos subjetivos individuais.

³²¹ - Como bem explica o autor sobre os interesses difusos “quando começamos a pensar na proteção de certos interesses difusos, como por exemplo, os interesses relativos ao meio ambiente, ao ar puro — o direito de respirar ar puro aqui ou acolá — percebemos que nesse tipo de sociedade em que estamos vivendo, a questão da liberdade, a questão da pessoa ficou para trás. Estamos diante de uma sociedade onde o problema do risco começa a ser fundamental. E, em termos de risco, entramos numa era em que o direito começa a ser objeto de cálculo (...) A noção de direito subjetivo perde um pouco o seu sentido ligado à pessoa — ele se torna muito mais norma e a idéia de cálculo acaba prevalecendo. Essa idéia de cálculo torna possível a observação em termos de juntar interesses para verificar quais aqueles que merecem ser protegidos, tendo em vista o menor risco possível. Mas essa idéia de cálculo, no entanto, acaba nos levando a imensos paradoxos. Isto porque, embora a sociedade de massas imponha essa visão do direito como um distribuidor de riscos e a visão da sociedade como submetida a uma tutela baseada em normas e não em direitos preexistentes, é inevitável que a sociedade, ainda assim, seja composta de pessoas. De modo que, em direito, o resultado paradoxal (...) é que eu me sinto um pouco perplexo porque percebo que o direito não está conseguindo oferecer critérios que, de fato, ainda possam proteger a pessoa. Todos os critérios que se nos oferecem visam a distribuir riscos, isto é, a pessoa é passada sensivelmente para trás. E ela é sensivelmente passada para trás, por exemplo, na medida em que questões dessa natureza são imediatamente endereçadas para o caminho do Direito Público. Isto é, a sociedade de massas é uma sociedade que tende a uma publicização do direito e mais a mais a uma estatização crescente do direito. Acho que na discussão da proteção de direitos difusos, é preciso ter esse cuidado, para saber se estamos realmente falando de direitos, no sentido tradicional, ou se estamos simplesmente julgando a distribuição dos riscos dentro da sociedade”. Idem.

Isso significa que se o sistema jurídico não for capaz de manter um grau de autonomia tal que lhe permita decidir os casos que lhe são levados com critérios jurídicos, ele corre o risco de ser utilizado arbitrariamente pelos detentores do poder político. A história dos regimes totalitários é farta de exemplos nos quais o *interesse de toda a coletividade*, como a soberania, a segurança nacional e a paz interna, amparam juridicamente a supressão dos interesses individuais, como a liberdade.

Assim como a semântica dos direitos subjetivos justificou no séc. XVI a escravização de povos que – *tinham o direito de expor sua liberdade a risco* – a semântica dos interesses difusos corre o risco de justificar a intervenção militar para garantir a liberdade de *povos que têm direito à autodeterminação*; o desemprego de trabalhadores rurais que *têm direito ao meio ambiente*; o desabrigo de famílias moradoras de áreas de mananciais *que têm direito à água*; a proibição de determinados produtos e serviços *para proteção dos consumidores*; a limitação da possibilidade das crianças serem educadas pelos seus pais *para garantir o seu direito à educação*.

O risco aqui subjacente é a impossibilidade de se diferenciar, em termos do que é e do que não é “*de direito*”, as possibilidades inversas: degradação ambiental para garantir o direito ao emprego de trabalhadores rurais; negação de socorro a países africanos em guerra civil para garantir a sua autodeterminação; permitir a poluição dos mananciais para garantir o direito à moradia; autorizar a venda de produtos perigosos para garantir o direito de consumi-los; tolerar agressões a crianças para garantir o direito de serem educadas pelos pais. Escolhas tipicamente políticas cujo risco é encaminhado ao sistema jurídico, exonerando o sistema político de ter que lidar com a frustração dos seus programas.

Ademais, quando o sistema jurídico já não consegue garantir a diferenciação entre direito e não-direito ele corre o risco de ser utilizado (ou colonizado) pelo sistema político e, quando isso ocorre, a proteção de cada interesse passa a depender da força política de que eles disponham e não da proteção jurídica de que possam dispor.

É papel da teoria jurídica dotar o sistema jurídico dos alicerces para que a manutenção de seu código específico – diferenciar entre direito e não-direito – o imunize dessa colonização. A semântica dos direitos subjetivos, como visto, não tem elementos aptos a propiciar ao sistema a capacidade dessa diferenciação.

Faz-se necessário então complementar essa construção conceitual com alguma outra que permita identificar uma unidade axiológica no ordenamento, ou seja, categorias que permitam vislumbrar uma ordem moral unificada normativamente (uma teoria do Direito Objetivo complementar do Direito Subjetivo). Correntes que buscam essa unidade à luz da problemática da relação indivíduo-Estado, universalizam os interesses por meio de categorias como Interesse Público, Interesse Social e Bem-Comum. A breve investigação dessas semânticas poderá aclarar os limites das suas possibilidades teóricas.

III.3.2.2. – *Interesse Público, Interesse Difuso e Bem Comum*

Vem da antiguidade, e é comum na teoria jurídica de praticamente todos os países de tradição romana, a distinção entre direito público e direito privado e, seu corolário, entre interesse público (titularizado pelo Estado) e o interesse privado (titularizado pelo indivíduo). A dogmática decorrente diz que o interesse público pode ser oposto ao interesse privado (supremacia do público sobre o privado), como ocorre no direito penal (*jus puniendi* do Estado x liberdade individual), respeitadas determinadas garantias individuais.

A expressão “*interesse público*”, contudo, nas últimas décadas passou a se tornar cada vez mais equívoca na dogmática jurídica, passando a alcançar também “*os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivos, os interesses difusos etc. O próprio legislador não raro abandona o conceito de interesse público como interesse do Estado e passa a identificá-lo com o bem geral, ou seja, o interesse geral da coletividade ou o interesse da coletividade como um todo*”.³²²

Nesse contexto, a afirmação de CAPPELLETTI, bastante conhecida e praticamente unânime na literatura jurídica nacional, de que os interesses difusos representam o fim da dicotomia entre público e privado. Entre os interesses público e privado haveria agora um novo interesse, os interesses difusos.³²³

³²²- Conforme HUGO NIGRO MAZZILLI, **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 41.

³²³- Segundo MAURO CAPPELLETTI: “*a summa divisio aparece irreparavelmente superada diante da realidade social de nossa época, que é infinitivamente mais complexa, mais articulada, mais sofisticada do que aquela simplista dicotomia tradicional*”. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil** in Revista de Processo. São Paulo, n. 5, 1977.

Esses interesses dos grupos intermediários da coletividade – ou de toda a coletividade – passam então a figurar (e conflitar) ao lado dos interesses titularizados pelo Estado e dos interesses privados.

A distinção entre interesses difusos e interesse público (do Estado) preconizada por CAPPELLETTI permite opor os interesses difusos aos interesses titularizados pelo Estado, o que pode ser visto como uma forma de imunização contra o risco de uso político dos interesses difusos. Em princípio, se torna possível verificar quando a atuação do Estado se dá em benefício de um interesse difuso ou em benefício próprio.

Contudo, outra afirmação de aceitação praticamente unânime na literatura jurídica é aquela traçada por RENATO ALESSI, que diz respeito à distinção entre interesse público primário e interesse público secundário.³²⁴ O interesse público primário diz respeito à atuação do Estado para satisfazer ao bem geral, é o interesse público do ponto de vista da coletividade (os interesses sociais, os interesses individuais indisponíveis, o *bem geral*); enquanto o interesse público secundário diz respeito à forma como os administradores vêem o interesse público pois, “*em suas decisões, nem sempre o governante atende ao real interesse da comunidade*”.³²⁵

De modo análogo, pode se dizer que também essa distinção visa a proteger contra a utilização do interesse público como justificativa para a atuação do Estado em sentido contrário ao interesse geral, ao bem comum, aos anseios da sociedade. Essa separação conceitual entre interesse público primário e interesse público secundário é condição essencial para defesa do primeiro em face do segundo.

Aceitas essas distinções na teoria jurídica, o problema que surge então é saber da relação entre o interesse público primário e os interesses difusos, ou seja, se é possível opor o interesse público primário aos interesses difusos e vice-versa.

³²⁴- RENATO ALESSI, **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**, 2^a. ed., Milão: Giuffrè, 1960, pp. 197 e ss.

³²⁵- Idem, p. 42. De se ressaltar, nesse contexto, a precisa opinião de CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, para quem “*A partir da Constituição de 1988 está superado aquele entendimento que preconiza que o interesse público não se confunde com o interesse meramente patrimonial da Fazenda Pública. Havendo lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público, deixa de haver interesse meramente estatal, o chamado interesse público secundário, e concomitantemente surge o interesse público primário ou interesse social, ou, ainda, interesse difuso, de toda a coletividade, cuja defesa é função institucional do Ministério Público, entre outros legitimados*”. **O Ministério Público e sua função institucional de defesa do patrimônio público lesado ou ameaçado de lesão**, in **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**, op. cit. p. 25.

Para alguns autores, as idéias de interesse público primário, interesse social e interesses difusos acabam por englobar os mesmos interesses.³²⁶

O interesse social, como já apontado antes,³²⁷ funciona por meio de uma técnica de inferência que visa a elidir, em relação a um bem, objetivo ou meta, a existência de interesses contrários, como forma de agregar consenso a programas decisórios. Adjetivar um bem, objetivo ou meta com o “*interesse social*” transfere automaticamente a qualquer posição contrária a obrigação de apresentar um fundamento racional.³²⁸

Já quando se fala em interesse público, como nota MANCUSO, evoca-se “*imediatamente, a figura do Estado, e mediatamente, aqueles interesses que o Estado ‘escolheu’ como os mais relevantes, por consultarem aos valores prevalecentes na sociedade*”.³²⁹

Quanto ao interesse público, MANCUSO, com base em VEDEL e DEVOLVÉ, explica que a expressão comporta uma acepção política e outra jurídica:

Para compreender a primeira, dois erros devem ser evitados: a) supor que o interesse público seja ‘la somme des intérêts particuliers’ (isto seria absurdo, porque então se teria, por exemplo, a soma dos interesses dos produtores de bebidas com os interesses das vítimas do alcoolismo); b) supor que o interesse público nada tem a ver com os interesses individuais ou dos grupos sociais (na verdade, o interesse público só pode ter como beneficiários finais os homens nascidos ou a nascer; mesmo o interesse da Pátria nada mais é do que o interesse dos cidadãos a viver em liberdade e de forma honrosa).

³²⁶- Assim, HUGO NIGRO MAZZILLI, “*O interesse público primário é o interesse social (o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo). A distinção de Alessi permite evidenciar, portanto, que nem sempre coincidem o interesse público primário e o secundário. Nesse sentido, o interesse público primário (bem geral) pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade, e até mesmo com os mais autênticos interesses difusos (o exemplo, por excelência, do meio ambiente em geral)*”. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**, p.43.

³²⁷- V. notas 202 e 203.

³²⁸- Normalmente a teoria jurídica pressupõe, acerca do interesse social, um conceito como o de MANCUSO, no sentido de que “*Interesse social, no sentido amplo que ora nos concerne, é o interesse que consulta à maioria da sociedade civil: o interesse que reflete o que esta sociedade entende por bem comum; o anseio de proteção à res publica; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais essa sociedade, espontaneamente, escolheu como sendo os mais relevante. Tomando-se o adjetivo coletivo num sentido amplo, poder-se-ia dizer que o interesse social equivale ao exercício coletivo de interesses coletivos*” **Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir**, op. cit. p. 25. Evidentemente, do ponto de vista sociológico, uma tal proposta não pode ser considerada. Não existe algo como “*valores espontaneamente escolhidos pela sociedade*” como se a sociedade e escolhesse seus valores de uma constelação externa à sociedade, em apartado do direito, da política, da religião, etc. Todos valores estão na sociedade e eles nada mais são do que uma forma para indicar preferências em relação a programas decisórios dos diferentes sistemas sociais. Eles não possuem uma existência ontológica que possa ser consultada para se descobrir os valores da sociedade (como, por exemplo, se consultaria os valores da Cidade de Deus na Idade Média).

³²⁹- Idem, p. 27.

E assim, sob essa acepção política, o interesse público se apresenta como ‘un arbitrage entre lês diverses intérêts particuliers’. Ora essa arbitragem se prende a critério quantitativo (por exemplo, na construção de uma estrada, sacrifica-se o interesse dos proprietários lindeiros, privilegiando o interesse dos que a usarão, porque estes são mais numerosos), ora a critério qualitativo (os doentes pobres, em certa comunidade, podem ser pouco numerosos; mas, o valor do interesse à saúde pública prevalece sobre os interesses pecuniários dos demais cidadãos saudáveis; logo, a estes cabe contribuir para um fundo de assistência médica gratuita) (...) sob acepção jurídica, tem por base a questão da competência para a arbitragem entre os interesses particulares.³³⁰

Assim, também para MANCUSO, as expressões interesse social, geral e público (primário) são praticamente equivalentes e são todas elas indicativas de interesses metaindividuais. Com isso, o conceito de interesse público primário é reconstruído sobre a aporia do *Bem Comum* ou do interesse geral, cujas origens remontam também ao resgate do pensamento grego pela filosofia medieval.³³¹

O interesse público primário deixa de ser aquele interesse que o Estado Leviatã opõe aos particulares para condensar a busca do Bem Comum, ou seja, da realização dos interesses individuais na sociedade e em prol da sociedade.³³² Mesmo interesses individuais relevantes, passam a gozar do *status* de interesse público primário.³³³

³³⁰ - Idem, p. 28.

³³¹ - Para ARISTÓTELES, a Idéia de Bem não é algo atingível, passível de conhecimento (como em PLATÃO). Para o filósofo “...ainda que haja um bem único que seja um predicado universal dos bens, ou capaz de existir separada e independentemente, tal bem não poderia obviamente ser praticado ou atingido pelo homem, e agora estamos procurando algo atingível” (**Ética a Nicômaco**, I, 6, 1096, b). As ações dos homens destinam-se aos mais diversos fins, cada um desses fins é um bem, não se podendo falar em um Bem Universal, mas de bens circunstanciais, executáveis por meio de escolhas no dia-a-dia, “já que o termo bem tem tantas acepções como ser (...) obviamente ele não pode ser algo universal, presente em todos os casos e único, pois então ele não poderia ter sido predicado de todas as categorias, mas somente de uma” (Idem, I, I 1096, a). Todo bem, portanto, é em relação a alguma coisa. Mas, não admitindo a cadeia infinita de causalidades (aporia), ARISTÓTELES encontra a felicidade como bem supremo, já que ela é escolhida como um fim (um bem) em si mesmo nas ações quotidianas, e realizável por meio da vida na Pólis. Essa problemática é retomada na filosofia medieval, em especial na já vista polêmica dos universais. Nessa polêmica STO. TOMÁS DE AQUINO evoca também o símbolo da Cidade como razão do Bem Supremo, mas a Cidade de Deus, à qual deve buscar se espelhar a cidade temporal para atingir, por meio dos desígnios de Deus, o Bem Comum. **Ética a Nicômaco**. Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Rosá. Col. **Os pensadores**. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.

³³² - Como observa como MICHELE TARUFFO, referindo-se ao sistema anglo-saxão, “fala-se de interesse legítimo ou de interesse ocasionalmente protegido também no campo do direito privado, e se põe em evidência uma perspectiva de publicização do próprio direito privado, com referência especial ao tipo de situação subjetiva que subsiste quando a legitimação para demandar a tutela vem atribuída também a sujeitos não titulares da situação jurídica substancial, e quando o conteúdo do direito que os interessados possam fazer valer seja constituído pela legitimidade de um ato jurídico”. **I limiti soggettivi del giudicato e le class actions In Rivista di Diritto Processuale**, n. 4, Padova, 1969, 632-633.

³³³ - Nessa linha, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, entende que o interesse público é “uma dimensão pública dos interesses individuais (...) o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade como membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem (...) é um interesse igualmente pessoal dessas mesmas pessoas ou grupos, mas que comparecem enquanto partícipes de uma coletividade maior na qual estão inseridos”. **Curso de direito Administrativo**, 12^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p. 57-59.

Não existiria portanto o interesse público, um único e substancial interesse público, mas uma estrutura geral do interesse público à qual se adaptam também os interesses e bens privados que, não obstante a sua fruição individual, são de interesse público (p.ex.: a guarda de filhos de menores ou a proteção do consumidor).

Diante de uma tal estrutura, passa então o interesse público (ao menos o chamado primário) a comportar uma abertura tão grande quanto os interesses difusos que, ao menos no sentido aporético assumido por aquele, também visa a garantir o Bem Comum. Com a diferença de que o interesse público primário seria um *interesse difuso* especificamente em face do Estado, não se reduzindo a ele contudo.³³⁴

Nessa perspectiva, eventual conflito entre o interesse público primário e o interesse difuso se dá na forma de um mega-conflito, ou seja, no conflito entre interesses metaindividuais. Está também aqui o fundamento para o quanto dito acerca dos conflitos de interesses metaindividuais subjacentes aos conflitos entre um interesse difuso e um interesse individual. O interesse individual ao qual é oposto o interesse difuso sofre também a incidência do interesse público primário, tornando difusa a situação conflituosa.

Na verdade, chegando-se nesse nível de abstração, percebe-se que o interesse público é uma formulação oponível ao Estado para preservar, no interesse geral, interesses individuais que interessam à coletividade; e o interesse difuso uma formulação oponível *erga omnes* para demandar do Estado a satisfação de determinadas necessidades ou a proteção de determinados bens, contra o Estado e mesmo contra a própria coletividade.

Daí falar-se em conflituosidade na participação *nos* interesses, e não *entre* interesses.

³³⁴- Na visão de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, “Embora os interesses metaindividuais – enquanto síntese de interesses privados coalizados – em princípio não se identifiquem com o interesse público (este configurado na perspectiva da coletividade em face da autoridade pública), é possível que eventualmente algum interesse difuso – v.g., defesa do meio ambiente – se assimile a um interesse público primário, como ocorre com a momentosa (e já judicializada) transposição das águas do Rio São Francisco: o interesse é difuso, ex vi legis (art. 1º, I da lei 7.347/85), mas é desejável que a solução final alcançada seja aquela que melhor consulte ao interesse...público (...) Na maioria dos casos, porém, o interesse difuso não se confunde ou não se reduz ao interesse público, até porque este último geralmente releva da polarização Estado (Autoridade) e indivíduo, ao passo em que aquele é extraído por outros parâmetros: a indeterminação dos sujeitos (...) aliada à indivisibilidade do objeto (...), havendo subjacente uma mera situação de fato”. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas**, op. cit. p. 221.

Vale dizer há um conflito na própria percepção do que seja o interesse público em cada caso concreto, já que sua abstração universaliza a unidade de interesses muitas vezes antagônicos, de modo que, quando se pretende exercê-lo na prática, “*diversos interesses serão excluídos da noção de interesse público por opção do ente político no exercício de sua função (...) Em última análise, quem determinará aonde se encontra o interesse público é o Poder Judiciário*”.³³⁵

Trata-se de uma corrente que não diferencia, ao menos em termos ontológicos, interesses públicos primários de interesses difusos. Existe um interesse difuso na preservação do interesse público e um interesse público na preservação do interesse difuso. Em última análise, acaba sendo remetida ao julgador a tarefa de encontrar no caso concreto o interesse público ou, mais precisamente, saber se deve prevalecer o interesse público na consecução do interesse difuso ou o interesse difuso na consecução do interesse público. Essa tarefa se realizaria, como já visto, pela ponderação entre esses interesses em jogo para atingir qual seria o interesse público no caso concreto mas, para isso, a semântica do interesse público deveria oferecer um caminho, indicar um *telos* a ser buscado pelo julgador que sirva de critério na ponderação para proferir uma decisão judicial.

Contudo, como bem observa FERRAZ JR., tanto a expressão “*interesse*” quanto “*público*” constituem um lugar-comum, um *topoi*, um ponto de partida da argumentação e que, por pressuposto, não admite definição, no sentido de estabelecer limites. Trata-se de uma expressão necessariamente aberta, difusa e, assim, capaz de agregar consenso independentemente de divergências efetivas.³³⁶

³³⁵- Como coloca MARCELO ABELHA RODRIGUES: “*O conflito existente na descoberta de qual seria o conteúdo concreto do interesse público, segundo pensamos, deve ser visto, também, pela mudança do papel do Estado no pós-guerra (superação do Estado Liberal), pelo fato de que, atualmente, num Estado Democrático de Direito, o referido ente possui o dever de prestar (facere – obrigação positiva) aos cidadãos os direitos sociais de modo concreto, permitindo e entregando, realisticamente, a qualidade de vida aos membros que representa (...) O conteúdo do interesse público é definido em cada caso concreto no exercício das funções por cada ente político competente para tal. Exatamente por isso, colocamos em xeque a existência de um interesse público geral que não seja o abstrato (bem-estar, harmonia da sociedade, ordem pública, etc.)...*” **Elementos de Direito Ambiental**, vol I, op. cit. pp. 48-51.

³³⁶- Segundo TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR., “*A força do lugar comum está, portanto, exatamente numa espécie de aceitação silenciosa. É aí que ele vence! Quanto mais temos que explicar o lugar comum, menos força ele tem. Lugares comuns não podem ser explicitados demasiadamente. A consciência do lugar-comum enfraquece a comunidade da expressão, isto é, começamos a perceber que, levantada esta ou aquela ou aquela outra característica, o lugar-comum deixa de ser tão comum, porque aí alguns aceitam um lado, mas não vão aceitar o outro (...) Usa-se o lugar-comum; não se define o lugar-comum. E, não se definindo, o uso é mais eficiente*”. **Interesse Público**, op. cit. disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/34>

“*Interesse*” é também um lugar-comum, cujas semânticas já analisadas remetem à idéia de utilitarismo, ou seja, do preenchimento de necessidades, a relação entre necessidade de um sujeito e o bem que a satisfaz. Como observado, tal constatação diz muito pouco a respeito de quais são essas necessidades, quais os meios legítimos de satisfazê-las, como elas se relacionam entre si, etc.

Por isso, como observa FERRAZ JR., nas diferentes semânticas do interesse “*A noção substancial de interesse fica, porém, não discutida e com isto ela tem força argumentativa. E tendemos a reconhecer que a sociedade vive de interesses, os conflitos sociais são conflitos de interesses e passamos por cima de uma porção de questionamentos...*”³³⁷.

A expressão “*interesse público*” é também um lugar-comum que ganhará sua força argumentativa no séc. XX. Ela remete à contraposição romana entre direito público e direito privado e, mais profundamente, à própria distinção entre público e privado como esferas da vida social que gerariam interesses próprios.

Os filósofos gregos, como observa FERRAZ JR., descreviam o homem como um ser movido pelas suas necessidades. Alimento, vestimenta, procriação, enfim necessidades elementares dos seres vivos, tidas por necessidades naturais.

À satisfação dessas necessidades correspondia a atividade da labuta: atividade voltada para satisfação das necessidades. O local do desenvolvimento dessas atividades era a família, alargada nos termos do *pater familias*. O agrupamento familiar tinha por escopo a satisfação das necessidades naturais por meio do exercício da labuta. Essa esfera na qual por meio do exercício da labuta produziam-se os bens que supriam necessidades naturais, no âmbito da família, era chamada pelos antigos de *esfera privada*.

Os *paters familias* se libertavam do exercício da labuta porque tinham escravos e constituíam entre si outra comunidade, na qual se exercia outra atividade não voltada para a satisfação de necessidades: a atividade política.³³⁸ Não sendo vinculada a uma necessidade natural, a atividade política (em oposição à labuta) é governada pela espontaneidade. Para o *pater familia* era fácil governar a labuta já que, na esfera da sua família, era simples saber o que é necessário. Na política, justamente o contrário.

³³⁷ - Idem, ibidem.

³³⁸ - Idem, ibidem.

Na atividade política, a espontaneidade é problemática pois não é regulada por qualquer necessidade, mas pelo convívio de homens livres, acordos, promessas, mútuas expectativas do comportamento alheio. Altamente contingente, portanto. Nesses termos, a distinção entre público e privado na antiguidade é bastante clara e associada a premissas filosóficas da atividade também bastante nítidas: no privado, soberania total e fácil governabilidade, pois as necessidades, e o *bem comum* consistente na sua satisfação, são facilmente identificáveis. No público, espontaneidade e convívio entre iguais. As necessidades e o bem comum precisam ser convencionados em torno das possibilidades da Polis, na visão dos *pater familias*.³³⁹

Na Idade Média, com o sistema feudal, essa dicotomia fica muito pouco clara. Como constata HANNAH ARENDT, há um alargamento da esfera do privado (dentro do feudo), que gradativamente passa a abarcar atividades antes próprias da esfera pública, como por exemplo a elaboração das leis e a administração da justiça. Esse fenômeno atinge sua plenitude na Idade Média em função da ampliação do domínio do senhor feudal, muito maior do que o do chefe de família na Antiguidade. A transferência de todas as atividades humanas para o domínio do privado (dentro do Feudo) aniquila a esfera política e transforma o sentido de bem comum, que passa a se confundir com a satisfação das necessidades (privadas) do feudo.³⁴⁰

Também em termos filosóficos, tem-se que, ao passo em que os filósofos gregos pensavam o Bem Comum como a realização da Polis na qual o homem, pela prática da virtude, poderia se realizar (homem como animal político), na Idade Média, a referência da ação para o Bem Comum é a abstração do reino de Deus. O homem deixa de ser um animal político para se tornar um animal social, já que a sociabilidade está à base da natureza humana (GROTIUS), de acordo com o projeto de Deus.³⁴¹

³³⁹- Por isso, como explica o autor “os antigos diziam que esta compulsão de sair da esfera privada para a esfera pública era tal e o risco que se acometia nesta saída era tal, que a vida pública tinha como maior virtude a coragem. É muito fácil ficar no campo privado da família, ficar escondido e não fazer nada. Enfrentar os outros publicamente é complicado, os riscos são enormes”. Idem.

³⁴⁰- HANNAH ARENDT, **A condição humana**. São Paulo, Edusp, 1981, p. 44.

³⁴¹- Para TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR. “a mudança grande acontece até na escolha das palavras. Quando olhamos a tradução de Aristóteles por Santo Tomás que define “o homem é um ser social” e não “o homem é um ser político”, uma mudança ocorreu. Político e social não são a mesma coisa. Quando digo que “o homem é um ser social”, estou me referindo àquilo que os antigos chamavam de gregariedade. Os antigos reconheciam que, tanto o homem na família quanto na sua vida pública - política - era um ser gregário e, neste sentido, social. A sociabilidade fazia parte das duas vidas. Mas o que dava dignidade ao homem não era a labuta, o que dava dignidade ao homem era a ação – política. Isso é que era importante”. **Interesse Público**, op. cit.

Mas a distinção público/privado perde sentido porque a Cidade de Deus (ou a natureza social do homem) participa de todos os domínios, ela não se vincula à esfera pública da Pólis. O homem é um ser social (sob os desígnios de Deus ou da razão) em todos os seus domínios e, em todos eles, busca-se o Bem Comum.³⁴²

É apenas com a passagem da economia feudal para a economia de mercado que se pode vislumbrar a reconstrução das esferas. Na modernidade, com a monetarização, a economia deixa de ser um assunto doméstico e começa a ser regida pelo mercado. As relações econômicas e a “labuta” passam a exigir espaço próprio. A vida cotidiana dentro do feudo, por meio da qual o homem busca realizar-se realizando os desígnios de Deus, se expande e passa a abarcar uma vida que se realiza também fora dos domínios do Senhor Feudal.

Desse modo, com a criação do mercado, a labuta, a atividade voltada às necessidades do homem, se realizam por meio da divisão do trabalho (não na família, nem no feudo). A esfera privada (preenchimento de necessidades *naturais*) é a esfera do mercado, onde o homem se realiza enquanto ser humano.

De outro lado, a invenção do Estado Moderno traz sérias complicações para o problema da indistinção entre esfera pública e privada. O Estado é responsável pela constituição da sociedade civil e por tudo que diga respeito à sociedade civil. A ficção do Estado captura a esfera pública, da qual, ao contrário da antiguidade, o cidadão não participa. A esfera pública pertence ao Estado.³⁴³

³⁴²- Explica o autor que “*A sociabilidade, caracterizando a vida humana, traz o problema de como distinguir o público do privado e, na Idade Média, essas coisas se confundiram, principalmente nos regimes feudais, onde o senhor se confunde com o pater familias e com o senhor político. É o mesmo senhor, ao mesmo tempo senhor dos seus bens para a satisfação das necessidades daqueles que convivem dentro do seu burgo, como também é o senhor político, simultaneamente, isto é, o governante. Ele não tem duas vidas, é uma só: o exercício de uma atividade se confunde com a outra. E esta percepção de que, tanto na esfera pública como na esfera privada, estamos às voltas com a sociabilidade é que, por assim dizer, vai encontrar o pensamento cultural do ocidente no correr dos séculos, durante a Idade Média*”. Idem, *ibidem*.

³⁴³- E mais adiante, coloca que “*Como a ação humana é entendida como trabalho finalista, como uma fabricação, a esfera privada não é mais necessariamente circunscrita à família, ela é circunscrita a algo muito maior, que se chama mercado (...). A distinção passa a ser outra (...). Saímos de uma distinção em que a esfera pública e a esfera privada têm a ver com política e família, para uma noção em que público e privado têm a ver com Estado e mercado. Estado e a chamada sociedade civil, que é a sociedade do mercado, que é o lugar onde se realizam as trocas humanas, onde a principal atividade é produzir bens de troca. Este passa a ser o terreno do privado, sendo o terreno público é o que lhe garante as estruturas relacionais e as condições de atuação*”. Idem, *ibidem*.

Aqui se forma um aspecto importante do lugar-comum do interesse público: *ao Estado*, esfera pública, cabe garantir a sociedade, proteger contra ameaças externas e internas, organizar o exército, realizar obras e construções necessárias, financiando-se por meio da coleta de impostos; *no mercado*, esfera privada, o homem se realiza enquanto ser humano e produz bens, serviços e riquezas. A única prerrogativa transferida do homem ao Estado é a da tutela da propriedade (LOCKE).

O mercado (esfera privada) precisa da proteção do Estado (público) para desenvolver a labuta (preenchimento de necessidades); o Estado precisa do mercado para se financiar por meio dos impostos. Essa dinâmica também se apresenta problemática, em especial nos períodos de paz externa. Não é aleatório que as revoluções que substituem as Monarquias Nacionais pelo Estado Moderno tenham sido desencadeadas a partir de um desacordo relativo à cobrança de impostos.

E é nesse ponto que ocorre mais uma mudança importante para a noção de interesse público. Com as revoluções burguesas (*grosso modo*, a Revolução Gloriosa; Revolução Americana e a Revolução Francesa), impulsionadas pela revolução industrial, o Estado (esfera pública) é tomado pelo mercado (esfera privada). O antigo regime é substituído por formas democráticas de governo, nas quais as classes sociais que decidem os rumos do mercado (burguesia) controlam também os rumos do Estado.

Essa dinâmica torna-se mais complexa com o surgimento da classe operária, ou seja, os trabalhadores que exercem a labuta não para o preenchimento de necessidades suas, mas para financiar o mercado burguês.

Assim, no séc. XIX, a esfera pública, inicialmente restrita aos círculos burgueses, estende-se às massas urbanas, que pressionam no sentido de exigir maior participação nos assuntos de interesse social, tais como ensino gratuito, sufrágio universal etc., imprimindo ao espaço público um caráter mais social. A ampliação dessa *esfera social*, abrangendo atividades antes próprias dos domínios do público e do privado, e a interpenetração desses domínios, resultam na dificuldade em estabelecer os limites entre essas duas esferas e na fragilização do público, enquanto espaço reservado aos grandes temas da política.³⁴⁴

³⁴⁴ - HANNAH ARENDT, **A condição humana**. op. cit., pp. 45-47.

A distinção entre público e privado que se estabelecera com nitidez no início da modernidade é novamente obnubilada, abrindo caminho para, ao longo do século XX, o alargamento do papel do Estado, que passa a tratar aspectos do privado como de interesse público.³⁴⁵

Nesse cenário, em especial após a segunda metade do séc.XX e na implementação do Estado de Bem-Estar, não há uma distinção clara entre interesse público e interesse privado. O bem-estar privado (e coletivo) é também de interesse público, de modo que a busca do *interesse público*, ou do *bem comum*, não se apresenta como um critério de juridicidade para a problemática da conflituosidade dos interesses difusos.

O julgador não pode dissipar a conflituosidade no caso concreto pela busca do *Bem Comum* ou do *interesse público*. Não é possível dizer, *a priori*, se atende o interesse público a realização ou não da transposição do Rio São Francisco. Os casos ambientais costumam trazer esse tipo de problemática: o meio ambiente deve ser protegido para as futuras gerações, mas as futuras gerações só existirão se bem asseguradas as demandas energéticas, minerais, por alimento, moradia, produtivas, das presentes gerações.

Atende o interesse público *a priori* a garantia de todos os interesses no máximo do possível (e essa a premissa da semântica da proporcionalidade) mas isso equivale a negar a própria conflituosidade. Onde os interesses podem ser realizados concomitantemente no máximo possível não há conflito.

³⁴⁵ - Cfr. TÉRCIO SAMPAIO FERRAZ JR., “O Estado era, antes – na Era Moderna –, o lugar da realização política. Ao Estado não interessavam as questões privadas do mercado, o Estado não participava do mercado, ele garantia o mercado. O Estado não participava da vida civil, ele garantia a vida civil e as suas finalidades eram dar à vida civil paz, segurança, certeza, ausência de guerra ou guerra se necessário para manter a paz e aí parava. Quando, no entanto, a atividade humana, que antes era ação, trabalho, labuta, passa a ser compactamente entendida como labuta - tudo vira labuta, tudo passa a ter interesse se tiver interesse vital -, qual passa a ser a atividade pública? Ou o que passa a ser atividade pública, do Estado? O que acontece? O Estado começa a entrar no chamado domínio privado, alarga a sua atividade, assume responsabilidades que, na Antiguidade e mesmo no passado até o século XVIII, pertenciam à esfera privada (...) Quando, no entanto, ocorre essa assimilação ou quase fusão de todas as atividades humanas em torno da labuta, alarga-se o campo de atividade do Estado e com isso, haveremos de entender que a distinção entre o público e o privado e, obviamente, a distinção entre interesse público e interesse privado se torna extremamente complicada”. Exemplifica ainda o autor esse alargamento: “Por exemplo: seguro para uma aposentadoria, previdência, garantia de saúde. Na Antiguidade isso nunca foi atividade do Estado e muito menos atividade pública. Como é que faziam os pobres que ficavam doentes? Para isso haviam os lazaretos, instituições privadas, não públicas. Toda a previdência ou se dava dentro da família ou, quando as famílias não a suportavam sós, por meio de caridade. Não havia outra alternativa. Isso não era atividade do Estado, não era assunto público. Em outras palavras, era assunto privado”. **Interesse Público**, op. cit.

A fórmula do *Bem Comum*, ou o interesse público, como critério de orientação para juridicidade de interesses em conflito (ou seja, quando conflitantes interesses difusos deve prevalecer a síntese que mais se aproxime do interesse público), não responde às necessidades de uma sociedade complexa, na qual não há uma instância de representação única da sociedade. O *interesse público*, enquanto lugar-comum, enquanto um *topoi*, organiza o processo interpretativo nos casos concretos, e pode assim servir como uma metodologia para decisão judicial, vale dizer, o lugar-comum *interesse público* fundamenta decisões de intervenção, mas ele não possui, em si, qualquer critério indicativo sobre quais são as intervenções a serem feitas.³⁴⁶

III.3.3. – Síntese conclusiva: direito, interesse e programas políticos

Os interesses difusos, na sua instância teórica, contam com dois âmbitos gerais de reflexão: a semântica do Acesso à Justiça e a teoria constitucional. São âmbitos que se reforçam e se interligam, amparados no Paradigma do Direito Social. Foi visto neste capítulo III.3. o âmbito do acesso à justiça.

É certo que, em termos dogmáticos, é o direito constitucional que determina a garantia de acesso à justiça como um direito fundamental. Mas, no espaço teórico, a construção dessas semânticas comporta uma investigação mais ampla. O acesso à justiça e a tutela dos interesses difusos não surgem com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Eles são resultado da evolução do sistema jurídico – da qual o constitucionalismo participa – cujos principais aspectos aqui se pretendeu analisar.

³⁴⁶- Assim conclui TERCIO SAMPAIO FERRAZ JR.: “o que percebemos, tentando tomar consciência dessa expressão interesse público em oposição à expressão interesse privado, é que, dadas essas configurações históricas e a confusão gerada culturalmente dos três tipos de atividades numa só, a labuta, em que as esferas se convergem, é que a dicotomia interesse público-interesse privado, enquanto um lugar-comum, tem, não obstante, uma utilidade fundamental para o jurista. Por meio desta dicotomia, que, como estamos percebendo, envolve uma confusão básica, o jurista é capaz de administrar espaços para intervenção da autoridade no âmbito particular. Ainda que a distinção não seja clara, é por meio desta dicotomia que, definida caso a caso, vamos organizar os espaços hermenêuticos, ou seja: a dicotomia interesse público-interesse privado, e, basicamente, a noção de interesse público permite atuar interpretativamente na vida social, conferir a setores da existência humana, ora um ora outro caráter, e sua função não passa disso.(...) ninguém consegue saber, exatamente, o que é interesse público. E com toda razão. A História nos mostra uma confusão. E, por conta desta confusão, o que se observa é a passagem de um termo que tinha ou possivelmente teve uma função descritiva, isto é, interesse público descrevia um âmbito, em oposição a interesse privado, que descrevia um outro âmbito, para uma função eminentemente prescritiva. E nessa função prescritiva, torna-se instrumento de intervenção do aplicador nas relações sociais, seja este aplicador um legislador, um administrador, um juiz, um procurador, um advogado etc.”. Idem, *ibidem*.

É claro que a garantia insculpida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal possui importância não só enquanto um direito fundamental, mas também para orientar a interpretação do ordenamento como um todo. Por conta disso, a teoria constitucional é âmbito inescapável de reflexão teórica para toda a dogmática jurídica (inclusive para a própria dogmática constitucional), mas é possível abstrair a Constituição para pensar a construção da semântica do acesso à justiça.

Nessa abstração se procurou investigar a conformação do acesso à justiça, enquanto instância de reflexão teórica dos interesses difusos, a partir da evolução de seus aspectos processuais/jurisdicionais e materiais. A distinção não é precisa, mas permite observar que a estabilização da semântica do acesso à justiça como uma estrutura do sistema jurídico dependeu: **(a)** da revisão da função jurisdicional; e **(b)** da possibilidade de desatrelar a correlação conceitual entre direitos e deveres para fins da tutela jurisdicional de interesses despersonalizados.

Percebeu-se também que essa tutela jurisdicional de interesses despersonalizados, ou seja, a imposição de deveres que não beneficiam titulares determináveis de direitos, preconizada pela semântica do acesso à justiça, não conta com um amparo conceitual que lhe permita diferenciar entre interesses que devem e que não devem ser protegidos, o que é um problema nos casos de conflitos entre interesses difusos.

Os conceitos de interesse público ou de Bem Comum não se apresentam também como um critério para essa distinção. Despidos de uma referência fixa na sociedade, eles apenas contribuem para informar a dogmática no sentido de expandir o sistema jurídico, reencaminhando a conflituosidade para a decisão jurisdicional.

Um diagnóstico possível em conclusão, retomando alguns aspectos evolutivos à luz da racionalidade do Estado de Bem-Estar, mostra que a tutela de interesses difusos (na qualidade de direitos subjetivos) corre o risco de servir apenas para ativação e justificação de programas políticos conflitantes com outros interesses e direitos.

Como analisa DE GIORGI, o séc. XX foi tido como “*a era dos direitos*”. O séc. XIX havia já realizado os pressupostos iluministas de igualdade formal, necessários para derrubar os privilégios do antigo regime (retomada do público pelo privado/publicização do privado), e de liberdade para a prática contratual (fazendo circular riquezas), protegida pelo acesso universal ao direito.

No séc. XX, a afirmação das individualidades leva à necessidade de se reconhecer elementos materiais na racionalidade jurídica. Vale dizer, o reconhecimento de que, a despeito de formalmente iguais, os indivíduos são diferentes (enquanto indivíduo e enquanto membros de grupos), possuem necessidades (e portanto interesses) diferentes, conduz à proliferação de gerações de direitos.³⁴⁷

Além disso, após a Segunda Guerra Mundial e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um importante aspecto da conjuntura política contribui para o que EDMUNDSON chama de *segundo período expansionário* dos direitos. Para EDMUNDSON, com a tensão criada entre os blocos do leste e do oeste após a Segunda Guerra Mundial, ambos os lados passaram a utilizar a Declaração Universal dos Direitos Humanos como mecanismo de propaganda política. O ocidente enfatizava a violação de direitos políticos nos países comunistas, ao passo em que os países comunistas apontavam a instabilidade econômica e a tolerância de desigualdades materiais nos países capitalistas.³⁴⁸

Essa retórica persiste após o fim da guerra fria. Em muitos lugares, a resistência à implementação dos direitos políticos de primeira geração vem expressa no apelo à prioridade de direitos de segunda-geração: econômicos, sociais e culturais (p.ex.: Cuba). O argumento da prioridade é reforçado pela idéia de que esses direitos dizem respeito a grupos e não a indivíduos. O discurso de resistência adota os seguintes moldes:

Sem um padrão de vida decente direitos, de qualquer espécie, têm pouca importância (...) O sucesso econômico de diferentes nações requer meios diversos, e para algumas nações, um governo mais autoritário pode ser necessário em ordem para estabelecer um padrão de vida mínimo. Aceitar a autonomia e bem-estar dos indivíduos como a finalidade das políticas estatais não necessariamente torna prioritários os direitos civis e políticos de primeira geração (...) honrar o direito humano a um padrão de vida decente requer que este tenha prioridade sobre alguns dos direitos civis e políticos de primeira geração.³⁴⁹

³⁴⁷- RAFFAELE DE GIORGI, **Estado e Direito no fim do século** in **Direito, Democracia e Risco – vínculos com o futuro**, op. cit. p. 74.

³⁴⁸- WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit. p. 173.

³⁴⁹- Idem, p. 175. Contudo, como explica o autor, com arrimo em trabalhos como o de AMARTYA SEN (**Development as Freedom**, New York: Knopf, 1999) teriam provado que a falta da concretização de direitos de primeira geração tende a obstar também os de segunda, assim “*fome, normalmente, não é um problema de falta de comida, mas de má-distribuição decorrente da violação por um governo autoritário do direito de expressão e da livre imprensa (...) Quer os direitos de primeira geração mereçam ou não prioridade teórica, eles são um meio necessário – e não um obstáculo – para a efetivação dos direitos econômicos de segunda geração*” Idem, p. 175-176.

Assim, a proliferação dos direitos observada ao longo do séc.XX (direitos de segunda, terceira, quarta geração) decorre não apenas do reconhecimento de individualidades ou de uma luta pelos direitos, mas também do uso político da implementação de determinados direitos para violar outros.

A denegação de direitos de liberdade e igualdade política é fundamentada na efetivação dos direitos de igualdade material. A denegação de direitos de igualdade material é fundamentada na efetivação dos direitos de liberdade (e de igualdade formal – chances iguais). Essa dialética tende a se retroalimentar. Governos e governantes tirânicos ou corruptos não atuam como vilões de ópera declamando desavergonhadamente planos de dominação. Condutas totalitárias, imperialistas ou corruptas são justificadas pela efetivação de outros direitos (assim como no séc. XIX eram fundadas no exercício da soberania, na garantia da paz). Determinados direitos são tidos como prioritários em relação a outros, o que leva à constante necessidade de se inventar novos direitos com carga argumentativa forte o bastante para justificar o não cumprimento de outros.

No âmbito interno, a democratização dos meios de participação na política e a bifurcação da política em governo e oposição conduzem à necessidade de propostas políticas e da descoberta (ou criação) de necessidades a serem preenchidas por essas propostas.³⁵⁰

Ou seja, o surgimento da figura da oposição nos meios políticos faz com que, também internamente, a efetivação de direitos seja uma plataforma eleitoral coerente para desmerecer a plataforma da oposição, também consistente na efetivação de direitos. A realização de determinados direitos deve ter prioridade sobre outros.

³⁵⁰- Como explica RAFFAELE DE GIORGI: “*O afirmar-se dos estados nacionais já no século passado, realizou a idéia de soberania, que se expressou em práticas democráticas de produção das representações políticas. Tais práticas foram cada vez mais expandindo-se, em virtude da gradual bifurcação do vértice da política em governo e oposição e em virtude do fato de que a oposição foi se tornando cada vez menos fictícia. A oposição em vários ordenamentos estatais foi apenas ensaiada. Nas últimas décadas, finalmente, a dificuldade de se encontrar temas da política que consistam em alternativas praticáveis diante dos problemas impostos à política por seu meio ambiente, fez com que o papel da oposição não fosse mais meramente fictício. Se, por um lado, o consenso, livremente dado ou extorquido, atribuía legitimidade ao exercício do poder político, por outro lado o universalismo dos princípios sedimentados nas Constituições atribuía legitimidade às pretensões dirigidas ao sistema do direito*”. **Estado e Direito no fim do século**, op. cit. pp. 71-72.

A legitimidade dessas plataformas – que implicam a negação de direitos para a realização de outros – é garantida pelo universalismo dos princípios constitucionais, assim como a idéia de Bem Comum o faria na Idade Média, ou a segurança propiciada pelo Estado soberano no início da Modernidade. Contudo, esse esquema depende da possibilidade de se representar a ordem social, de expressar, sedimentar um novo conceito de Bem Comum, o que só era possível diante da concepção de uma ordem social empiricamente verificável e controlável. Na sociedade complexa não há qualquer instância (política, religião, economia, direito, educação, ciências, artes, família, etc.) que represente uma visão unívoca da sociedade. Com isso, os universalismos (como o *Bem Comum*) perdem sua referência da realidade e se abrem para um uso oportunístico.³⁵¹

Até a Modernidade, e aquilo que EDMUNDSON chama de primeira era expansionária dos direitos, apesar das diferenças sociais efetivas entre as castas (camponeses, operários, burgueses, nobres, clérigos), havia univocidade na representação da sociedade por meio da própria hierarquia, no caso, na figura e nas funções do Estado, nos pressupostos iluministas: garantia da liberdade pelo Estado para o bom funcionamento do mercado; igualdade na participação política para garantir essa liberdade.

Privados dessa referência, conceitos como interesse público, bem comum, bem geral, interesse social, acabam por servir de instrumentos para agregar consenso a programas políticos, justificando o não cumprimento de alguns direitos para implementação de outros. Por isso, mesmo quando veiculados na forma de princípios constitucionais, portanto com normatividade, esses universalismos não servem como referência para diferenciar entre quais interesses devem ser protegidos.

³⁵¹ - Como novamente explica DE GIORGI: “Este esquema fora construído sobre a idéia de que na sociedade é possível uma representação da ordem da sociedade, seja no sentido de que é possível expressar, representar, descrever essa ordem, seja no sentido de que é possível unir, sedimentar, predispor essa ordem em uma instância da sociedade, em um lugar da sociedade, em uma sua estrutura. Disto derivava a idéia de uma ordem representada pelo direito e pelo Estado, entendida como representação da ordem das ações que resiste ao tempo e que, exatamente por isso, torna-se instância de controle social. Essa imagem da representação também era comprovada pela idéia de representação típica da democracia, na qual as ações são substituídas pelo interesse ou pelo bem comum, isto é, mais uma vez, pelos universalismos das representações. No entanto, a esses universalismos faltavam referências materiais, seja porque na sociedade moderna não há mais um espaço para a representação da sociedade na sociedade, seja porque a materialidade da produção de sentido constitui a única realidade empiricamente observável na sociedade (...) privados de referência, esses universalismos imunizam-se em relação às referências empíricas existentes, isto é, em relação à realidade, ao modo real de operatividade dos sistemas sociais. Este operar, no entanto, é cego: não vê a si mesmo, não vê o futuro, ainda que a cada operação produza futuro”. Idem, pp. 72-73.

Se qualquer interesse deve ser protegido e todo interesse pode ser oposto a outro interesse ou mesmo a direitos subjetivos, não há qualquer limite *a priori* para a violação de direitos na efetivação de outros direitos, ou interesses, ou programas políticos voltados para esses direitos e interesses.

Mais uma vez na lição de DE GIORGI, fica claro o problema da fundamentação da juridicidade nos princípios jurídicos e da proliferação incontrolada de direitos. A hipertrofia do sistema jurídico tende a subordinar a critérios de legalidade controláveis pelo sistema político o acesso e a participação nos interesses, implicando um sistema jurídico que não possui controle dos próprios critérios de juridicização. Com isso esses critérios acabam sendo corrompidos por critérios de outros sistemas e a criação de novos direitos acaba legitimando a violação de outros.³⁵²

Assim, na racionalidade do Estado de Bem-Estar, o paradoxo do modo de operar do sistema jurídico e do sistema político é o de que, quanto mais direitos são produzidos, mais esses direitos servem de fundamento para não se efetivar outros direitos ou mesmo bloquear o acesso a eles próprios (condições jurídicas da legalidade). Direitos, interesses e programas políticos se imunizam reciprocamente e um pode ser oposto ao outro para fins de oposição política. Sem instâncias reflexivas que possibilitem uma distinção mais precisa para a dogmática, o Judiciário, obrigado a decidir, acaba fazendo escolhas políticas e violando direitos para implementar outros.

Ao passo em que no séc. XVII o direito natural foi normalizado como direito subjetivo, o interesse difuso (e o direito subjetivo) é normalizado como direito natural, ou seja, tende a funcionar como um ponto de Arquimedes de onde se pode mover a diferença entre direito e não-direito realizada no interior do sistema jurídico.

³⁵²- Na análise de DE GIORGI: “*Os princípios se especificados, manifestam-se como paradoxos. É este o sentido que entendemos pode ser atribuído à fórmula segundo a qual nosso século condensou a era dos direitos. E de fato, enquanto alternavam-se as gerações de novos direitos, a especificação do sistema do direito produzia cada vez maior necessidade de legalidade; enquanto um número cada vez maior de pretensões à igualdade e à dignidade, à autodeterminação e à liberdade de ação, encontravam reconhecimento constitucional, podia-se observar a prática da violência legítima e a produção de desigualdade através do exercício do direito. Enquanto se afirmava o reconhecimento político dos direitos das futuras gerações a especificação do sistema do direito alargava os espaços da exclusão até tornarem-se evidentes os paradoxos constitutivos da operatividade destes sistemas, que a grande arquitetura dos princípios invisibilizara. É assim que a era dos direitos manifesta-se como era da exclusão, da marginalização, do isolamento imunizante. É assim que o reconhecimento das diferenças produz novas desigualdades e as amplifica, enquanto a afirmação plena das subjetividades presentes e das possíveis subjetividades futuras aumenta o limiar que impede o acesso ao direito*”. Idem, p. 74.

Contudo, se naquela época o direito subjetivo era fundado em uma perspectiva voluntarista e individualista, hoje “*o recurso aos direitos subjetivos é sustentado simplesmente por uma universalização de pretensões subjetivas e coletivas em relação a algumas prestações de determinados sistemas sociais (...) o apelo ao direito subjetivo, ainda hoje, simula a tentativa de reintroduzir no sistema jurídico um princípio de deslegitimação contínua da distinção entre o que é direito e o que não é direito*”.³⁵³

O paradoxo, revelado no caso dos interesses difusos, é justamente saber o fundamento de juridicidade de um interesse que se apresenta apenas como a indicação de uma *forma* a ser distinta, vale dizer, como toda necessidade de titulares indetermináveis que só possa ser satisfeita de modo indivisível. O conceito de interesse juridicamente protegido não resolve já que, ou existe um *direito difuso subjetivo* anterior ao *direito objetivo* e que, portanto, se impõe sobre ele, ou não faz qualquer sentido assumir que esses direitos sejam disponíveis pelo direito objetivo (que escolheria quais interesses proteger).³⁵⁴

No caso dos direitos subjetivos, até a Modernidade, sua juridicidade é formulada como um esquema sujeito-liberdade-interesse-ação. O sujeito livre forma interesses e tem direito a uma ação para efetivá-los caso violados. Os interesses difusos não fogem desse esquema geral, à diferença de que o sujeito é indeterminável, de modo que a figura da liberdade como conformadora do interesse é substituída por universalismos como o *interesse público*. A liberdade desaparece e os interesses são determinados pelo Estado ou pelos corpos intermediários que têm acesso à ação. Ao passo em que o esquema sujeito-liberdade-interesse-ação possibilitou abstrações da juridicidade necessárias ao processo de positivação do direito e da diferenciação funcional entre política e direito, o esquema *interesse-ação*, em que o interesse é controlado pelo sistema político (que escolhe interesses para oferecer plataformas de alternância entre governo e oposição), tende a novamente desdiferenciar funcionalmente sistema jurídico e político.

³⁵³ - RAFFAELE DE GIORGI, **Semântica da Idéia de Direito Subjetivo in Direito, Democracia e Risco – vínculos com o futuro**, op. cit. pp.100-101.

³⁵⁴ - Daí também o rigor da dualidade jusnaturalistas x juspositivistas, como observa DE GIORGI: “*ou os direitos subjetivos são absolutos, atributos de existência ante positas leges, ou então a assunção de um direito objetivo fragiliza e destrói o próprio significado dessa categoria lógica, tornando impossível construir-se com esta um sistema jurídico coerente. O problema não pode ser considerado solucionado nem mesmo com a mediação do interesse – ao qual recorre Jhering – configurado de qualquer forma. Esse percurso, seguido de Jhering a Jellinek, será o esforço de separar as formas de legitimação da necessidade de autolimitação implícita no conceito de direito e em sua relação com a vontade*”. Idem, p. 106.

Nesse contexto, a auto-reprodução política de novos interesses aumenta a auto-reprodução de pretensões endereçadas ao direito cuja realização bloqueia o acesso de outras pretensões, e portanto de outros direitos (é logicamente impossível satisfazer todos os direitos ao mesmo tempo).³⁵⁵

Com a inclusividade total propiciada pelo Estado de Bem-Estar, o esquema sujeito-liberdade, que está à base da configuração contingente de interesses, agora é sujeito à legalidade, e os interesses são configurados não no âmbito do sujeito, mas no âmbito da política. A realização de direitos na satisfação dos interesses é condição para ativação dos programas estatais – o que justifica negar determinados direitos para realizar outros – sendo a subjetividade difusa (sujeito indeterminável do direito) um instrumento para ao mesmo tempo especificar e universalizar esses programas.³⁵⁶

³⁵⁵ - Explica DE GIORGI com base em LUHMANN a importância da abstração dos direitos subjetivos em um contexto de posituação do direito, em que a referência normativa da conduta se torna contingente: “*Uma época de transição necessita dispor de conexões seletivas entre as estruturas dos sistemas sociais e as possibilidades de ação. A diferenciação do sistema político torna esta necessidade, no limiar do século XVII, uma necessidade absoluta. O isolamento de um espaço, no qual o indivíduo poderia ser pensado como um sujeito dotado de liberdade de ação, permitia dispor-se de uma abstração capaz de grandes prestações seletivas. O processo de posituação do direito tornava contingente a referência normativa da ação (...) Substancialmente, podia-se dispor de mais direito, de maiores delimitações e, conseqüentemente, de maiores possibilidades de ação. Na sociedade, as possibilidades de comunicação mediante o direito tornaram-se possíveis em níveis mais elevados de abstração. Os direitos subjetivos realizam essa possibilidade de orientação do sistema do direito e das possibilidades de ação de forma abstrata. Nessas condições, o risco de que a liberdade se apresente como direito é um risco tolerável. Ao mesmo tempo, é possível a absorção contínua deste risco, mediante canalizações contingentes das próprias possibilidades do agir. O agir que se autodetermina é legitimado na sua forma contingente, assim como o direito que se autoproduz é legitimado na sua validade. A referência aos valores torna relativos tanto o direito quanto a subjetividade. O sujeito do direito e o direito subjetivo constituem o resultado estável da referência recíproca de duas formas contingentes de valor: de um lado, o valor da ordem - próprio do direito - e, de outro, o valor em si da subjetividade individual (...) Os direitos subjetivos constituem mecanismo estável de contínua auto-reprodução do direito. Esta auto-reprodução, por sua vez, alimenta uma contínua auto-reprodução das pretensões ou, se preferirem, dos interesses (...) assim tem nascimento e é cultivado um esquema que pode ser definido, e que na realidade desta maneira é vivenciado pelos sujeitos, como direito ao direito. É por isto que o sistema dos direitos subjetivos encontra sua plena realização e também o seu esgotamento cético no Estado social*”. Idem, pp.107-109. É de se ressaltar que, DE GIORGI chama de Estado Social aquilo que no presente trabalho vem sendo chamado de Estado de Bem-Estar.

³⁵⁶ - Conforme RAFFAELE DE GIORGI, “*O Estado social realiza a plena inclusão dos sujeitos no sistema do direito e, simultaneamente, realiza a total transformação do princípio da subjetividade, entendida como fonte autônoma da ação, em um esquema operacional para a realização dos programas políticos sobre os quais este (o Estado social) se funda. O sujeito de direito torna-se referência objetiva para a condicionalização de procedimentos e de atribuições bem como para a ativação de programas. A idéia de interesse e a estrutura das expectativas constituem a referência que permite a contínua exteriorização dos problemas de ordem técnica internos ao sistema da política e, portanto, internos ao sistema do direito. Deste modo, o Estado social dispõe, por meio da figura jurídica da subjetividade, de um instrumento que é, a um só tempo, instrumento de especificação e universalização. A subjetividade torna-se uma ficção operacional que permite ter constantemente aberta a cadeia de condicionalidades necessárias para a realização de programas políticos*”. Idem, p. 110.

A alternância entre governo e oposição e a racionalidade compensatória do Estado de Bem-Estar, a qual conduz à necessidade de compensar os resultados das intervenções já praticadas, fazem com que novas necessidades sejam constantemente descobertas, ou criadas, abrindo o espaço para novos programas políticos. Toda satisfação de uma expectativa gera novas expectativas e, assim, a efetivação de novos direitos se faz necessária.³⁵⁷ Assim, no Estado de Bem-Estar, os direitos subjetivos tendem a ser universalizados em fórmulas como o interesse público primário ou os interesses difusos, e possibilitam a ativação dos programas políticos.

Esvaziada de substanciação, a *forma* dos interesses difusos, tuteláveis na qualidade de *direitos subjetivamente difusos*, permite a ativação e imposição de programas da política mesmo sobre outros direitos (individuais ou difusos),³⁵⁸ transferindo o risco na frustração desses programas (ou na negação dos direitos sobrepujados), para o sistema jurídico. Na conclusão de DE GIORGI:

o direito subjetivo torna-se pré-condição para a ativação do significado meramente político das garantias jurídicas: uma pré-condição de natureza exclusivamente técnica (...) As prestações que o sistema jurídico pode realizar, em relação a essas pretensões, também podem ser apenas de natureza técnica. Se as primeiras, de fato, consistem em pretensões de especificação, as últimas são constituídas por condicionalizações através das quais realizam-se programas.³⁵⁹

³⁵⁷ - Ainda segundo o autor, “No Estado social, o sistema dos direitos subjetivos torna-se um horizonte aberto, que se afasta na medida em que as expectativas dos sujeitos sejam gradualmente satisfeitas. O direito ao direito transforma-se, assim, em direito às expectativas em relação ao direito. Qualquer expectativa pode ser exibida na forma de direito subjetivo. O próprio direito à identidade subjetiva pode ser apresentado desta maneira: assim, a consciência subjetiva pode ser universalizada e canalizada na forma objetiva do direito subjetivo (...) Prefigura-se, então, um percurso duplo de internalização e de externalização concorrentes. A generalização das condições de possibilidades da ação é experimentada pelos sujeitos como um espaço irrenunciável de liberdade. A determinação destas condições, na forma do interesse, exterioriza os problemas técnicos e controle aos quais está submetido o direito”. Idem, ibidem.

³⁵⁸ - No preciso diagnóstico do autor: “Os interesses, produzidos mediante o mecanismo compensatório sobre o qual é fundado o Estado social, são vivenciados pelos sujeitos como uma espécie de auto-reprodução e, uma vez transformados em expectativas, tornam-se referência para o agir ao mesmo tempo em que, simultaneamente, servem de orientação para a elaboração jurídica. Por isto, o Estado social produz uma quantidade incontrolável de direitos subjetivos e os sujeitos, por sua vez, dispõem de uma quantidade incontrolável de pretensões que podem esperar legitimamente fazer valer como direitos subjetivos. No entanto, o Estado social produz como já dissemos, também esgotamento céptico da idéia e da semântica de direito subjetivo. A inclusão da subjetividade e da individualidade nos programas, assim como sua redução a um caráter meramente técnico-operacional, esvaziam a doutrina substancialista sobre a qual originariamente estava fundado o princípio do direito subjetivo. O exercício desse direito na forma de disposição do espaço reservado ao sujeito produz, continuamente, um instrumentalização do agir orientado de acordo com finalidades políticas...”.

³⁵⁹ - Idem, p.110.

Isso, contudo, parece ser apenas uma das faces do problema. Tudo que o sistema jurídico pode oferecer é ele mesmo: prestações técnicas (tutelas mais rápidas, sem necessidade de provas, baratas, com eficácia *erga omnes*) mas que, quando observadas do exterior, permanecem como meios para a ativação de programas políticos, e não para a tutela de pessoas. Em nome do bem comum, a defesa do interesse à proteção do meio ambiente justifica o desemprego de centenas de trabalhadores. Ou, sem qualquer incoerência, a busca do pleno emprego justifica danos ecológicos irreparáveis. O direito à vida da população justifica a violação da liberdade e a quebra de patentes de remédios. A tutela de consumidores justifica o encarecimento geral dos produtos.

A situação, sem dúvida é inevitável. A proliferação de interesses difusos é virtualmente infinita, o que sempre vai levar a situações conflituosas. Alguns juristas contemporâneos importantes como ROBERTO MANGABEIRA UNGER,³⁶⁰ falam mesmo em um direito (difuso) a desestabilizar direitos, o que é o reflexo preciso da conflituosidade.³⁶¹

Ademais, é problemático no aspecto justificatório desses interesses, ignorar ou legislar contra a sua proteção por conta da sua ambigüidade conceitual. O conceito de direito subjetivo, na sua evolução, se tornou flexível o bastante para amparar os interesses difusos, ainda que com pouca precisão conceitual quanto à unidade de sua juridicidade.³⁶²

³⁶⁰- ROBERTO MANGABEIRA UNGER, **O Direito e o Futuro da Democracia**, Trad. Caio Farah Rodrigues e Márcio Soares Grandchamp, São Paulo: Boitempo, 2004.

³⁶¹- Como coloca WILLIAM A. EDMUNDSON, “*Direitos de terceira geração são direitos a que o meio ambiente tenha uma certa qualidade, ou que o desenvolvimento econômico atinja determinado nível. Direitos das futuras gerações naturalmente são tidos como direitos de terceira geração. Direitos de terceira geração não são comunitários, mas não são também individuais; eles devem ser entendidos como algo pertencendo à humanidade como um todo sem que possam ser titularizados por um grupo em particular. Embora direitos de terceira geração pareçam a alguns serem “manifesto rights” [fundamentos morais a que um direito seja reconhecido. Direitos que deveriam existir, mas não existem], no máximo, o fato de que a classificação existe serve ao menos para sublinhar o grau de internacionalidade que atingiu a semântica dos direitos subjetivos, passando a englobar todo tipo de argumentação moral e demandas sociais são incluídos (De um ponto de vista radical, Roberto Unger (1987) propõe que os menos-favorecidos e oprimidos tenham um destabilization rights que legitime atos de desestabilização das concentrações de poder econômico e político)*”. **An Introduction to Rights**, op. cit. p.177.

³⁶²- Como bem coloca EDMUNDSON: “*Como vimos, o conceito de direito é suficientemente flexível para admitir muitos – senão todos – conceitos expansivos. Falar em um direito titularizado pelas futuras gerações, ou um direito a que o meio ambiente seja despoluído, parece ser mais um modo de se falar no que é de Direito do que em um direito titularizado por um indivíduo ou grupo – falar, em outras palavras, em direito objetivo em vez de direito subjetivo. Mas, melhor do que tentar legislar contra demandas por direitos de terceira-geração, sob o argumento de que eles confundem o nosso conceito de direito subjetivo e objetivo, pode ser admitir a ambigüidade e dotar cada demanda moral da construção jurídica mais generosa possível*”. Idem, *ibidem*.

Todavia, justamente por conta da inevitabilidade da conflituosidade, se torna necessário, à teoria jurídica, pensar modos de manter a autonomia funcional do sistema jurídico, para evitar o uso da tutela desses interesses como meio de ativar programas políticos que, sob a justificativa do *Bem Comum*, importem na violação a outros direitos.

É preferível que o sistema jurídico garanta efetiva participação nos procedimentos do sistema político que conduzem à formação ou ativação dos programas decisórios políticos, em vez de substituir, por meio da decisão jurisdicional, um programa por outro. Não se trata de um retorno ao antigo dogmatismo da tripartição dos poderes, que prega a não-sujeição de atos administrativos ao controle jurisdicional, mas sim de saber como deve ser feito esse tipo de controle, para minimizar a transferência do risco democrático do sistema político para o sistema jurídico.

Buscar fundamentos racionais últimos como o interesse público, o bem comum, ou a proporcionalidade das decisões, não muda esse estado de coisas, pois já não existe qualquer possibilidade de representação racional unívoca da ordem social. O sistema político faz com que a realização de um direito se oponha a outro e os interesses se reinventem uns aos outros como inimigos para se justificarem. Esta outra face do problema, DE GIORGI descreve em obra mais recente, na qual bem coloca:

A ordem do mundo não mais corresponde à ordem da razão (...) esta se revela incapaz de controlar a indeterminável complexidade, que se derrama sobre um mundo que fora imaginado como uma conexão de organizações iguais e livremente ordenadas segundo justiça e direito, mas que, ao contrário, se apresenta como incompreensível horizonte de irreduzíveis indeterminações. Recorre-se, ainda uma vez, à razão. Pede-se ajuda à ética. Tenta-se reconstruir hierarquias que permitam observar do alto um mundo que, na verdade, é inobservável por um observador colocado na interminável planura de sua superfície. Representam-se esquemas de ordem que prevejam organizações supranacionais, polícias internacionais, tribunais universais. Em seguida, celebram-se os direitos do homem que sempre acompanharam as aventuras e os paradoxos da razão. Atualiza-se o velho repertório dos últimos fundamentos: paz e segurança, liberdade e subjetividades ameaçadas, ordem e justiça podem ser recuperadas pela comunidade mundial, por meio de um discurso racional e livremente formulado por sujeitos críticos, ou seja, racional e livre. São os discursos que justificam a política do “Tolerância Zero”, as políticas de segurança, aquele jus ospitalitis universalis que alguns países oferecem aos estrangeiros e, especialmente, meu país – Itália – destina aos extracomunitários. São os discursos que justificam as guerras humanitárias e, nos últimos tempos, as bombas atômicas sem danos colaterais, que prefiro chamar de bombas inteligentes, pois são as únicas que fazem emergir o deserto do jardim dos caminhos que se bifurcam da ordem do mundo. É o discurso que justifica a diferença entre interno e externo, substituto funcional da velha distinção entre amigo e inimigo. É o discurso que justifica a guerra inercial no Tibet, guerra esplendidamente descrita por Dürrenmatt, na qual se inventa continuamente o inimigo, a administração protege e destrói e são enforcados guardiões que se iludem em não ser guardiões, mas crêem ser prisioneiros.³⁶³

³⁶³ - RAFFAELE DE GIORGI, **Condições de descrição da complexidade na sociedade mundial**, in **Direito, Tempo e Memória**, op. cit. pp. 212-213.

A teoria jurídica deve tomar ciência desse problema e dotar o sistema jurídico de elementos de auto-observação que lhe possibilitem ter seus próprios limites em conta, realizando por critérios jurídicos a distinção entre direito e não-direito. Uma tal observação, contudo, foge dos limites do presente estudo.

O objetivo neste trabalho é analisar o problema da conflituosidade a partir da teoria jurídica sobre interesses difusos, como ele conduz à jurisdicionalização da política, e esboçar algumas das suas conseqüências para a autonomia do sistema jurídico. Resta, ainda, analisar esses aspectos à luz da teoria constitucional. Afinal, como já dito, a teoria constitucional é instância teórica reflexiva de todos os ramos da dogmática jurídica. Não se pode pensar a dogmática sem pensá-la a partir da Constituição.

No caso, com grande relevância, pois é a teoria constitucional que descreve as relações entre política e direito do ponto de vista do direito. É na teoria constitucional que se formula o problema da normatividade dos universalismos dos princípios jurídicos e se institucionaliza, com força normativa, a racionalidade do Estado de Bem-Estar. Trata-se da idéia conhecida da Constituição Dirigente (CANOTILHO) aliada à normatividade dos princípios construída a partir da proposta de DWORKIN.

Além disso, tratar os interesses difusos como direitos constitucionais fundamentais (e portanto de observação e perseguição imperativa para o Estado) confere novos contornos para essa problemática, surgindo como fórmula para solução da conflituosidade entre princípios imperativos a teoria da proporcionalidade, preceituada por ALEXY.

O próximo capítulo é dedicado ao estudo das semânticas dessas teorias em torno da questão da conflituosidade dos interesses difusos.

III.4. – INTERESSES DIFUSOS NA TEORIA CONSTITUCIONAL

O debate acerca do problema da jurisdicionalização da política e da politização do judiciário, ou seja, da percepção dos limites do sistema jurídico e do sistema político pela teoria jurídica (no presente estudo à luz da sua relação com a tutela de interesses difusos), encontra ampla alocação científica no direito constitucional.

À luz do direito constitucional, a discussão ganha amplitude, envolvendo as finalidades do Estado como um todo, a separação entre os poderes (ou funções) estatais e a relação entre a normatividade jurídica do texto constitucional e a imperatividade fática dos poderes politicamente estabelecidos. Dados os limites do presente estudo, não se pretende esmiuçar todas essas linhas teóricas, até porque se trata do núcleo duro de praticamente toda a teoria constitucional.

Contudo, na medida em que a proteção e a realização dos interesses difusos passa a ser vista como uma função imposta constitucionalmente ao Estado, e a sua tutela principiológica ganha força normativa, é relevante entender como isso interfere com a problemática da conflituosidade e da percepção dos limites do sistema jurídico. Vale dizer, trata-se de investigar até que ponto a previsão na Constituição da defesa dos interesses difusos pelo Estado (que envolve a garantia do acesso à justiça) transforma a questão política em meramente jurídica, ou seja, institucionaliza a desdiferenciação entre os sistemas.

Nesse contexto, alguns aspectos desse debate – central na Teoria do Estado e da Constituição – merecem menção. Até porque, como já dito, à luz do constitucionalismo contemporâneo, a teoria constitucional funciona como instância reflexiva de toda a dogmática jurídica, sendo ponto indispensável para reflexão epistemológica da dogmática e teoria dos interesses difusos.

Como aquisição evolutiva do sistema jurídico, a Constituição permitiu, de um lado, desestabilizar as bases jurídicas dos regimes monárquicos, contrapondo os ideais iluministas ao contratualismo e à soberania popular, o que se fazia necessário para implementar um Estado moderno que servisse aos interesses da classe social ascendente.

Com o constitucionalismo, o monarca é reduzido à categoria de órgão do Estado, regido pelos valores constitucionais e o povo é reduzido a elemento do Estado, também sujeito portanto a esses valores. Assim, a Constituição dos Estados liberais permite juridicizar as estruturas políticas e mantê-las sob o controle dos interesses dirigentes do Estado.³⁶⁴

³⁶⁴- Como aponta GILBERTO BERCOVICI “*Embora liberais, as Constituições não serão, ainda, democráticas. E, mais importante, a Constituição não é do rei ou do povo, a Constituição é do Estado, assim como o direito é direito positivo, posto pelo Estado*”. **Constituição e política: uma relação difícil**. In **Lua Nova**, 2004, n.61, p.6, disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 July 2007. Pré-publicação.

E já a partir do séc. XIX tem início o debate acerca da relação entre política e direito intermediada pela Constituição. GEORG JELLINEK buscará definir a Constituição como expressão de princípios jurídicos que definem os órgãos do Estado, sua criação, o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado. Para JELLINEK, a Constituição legitima procedimentalmente o exercício de um poder político que existe de fato, externo à Constituição. Por isso, deve haver, para esse autor, uma separação entre política e Constituição. O Estado detém o monopólio da produção do direito, de modo que os limites constitucionais à atuação do Estado são limites auto-impostos.³⁶⁵

Ainda no séc. XIX, FERDINAND LASSALE irá traçar a distinção entre *Constituição* e *Constituição Jurídica* para aludir à distinção entre poder de fato (fatores reais do poder) e poder jurídico, que pode ou não concertar com a essência real da Constituição.³⁶⁶

Em uma crítica datada do presente, pode-se dizer que assumir uma tal perspectiva significa negar um potencial de mudança social à Constituição e fixar-lhe um papel de manutenção do *status quo*. Diz-se datada porque as Constituições liberais embasaram juridicamente as revoluções para derrubada do antigo regime monárquico e dificilmente poderiam ser vistas, na época, como pejorativamente conservadoras. A conservação do novo regime liberal, em relação ao regime monárquico, se apresentava como algo bom, necessário e decorrente do ideário iluminista. A idéia de mudança social promovida *pelo* direito será estabilizada no ideário da literatura jurídica apenas no séc. XX.

No séc. XX, como observa GILBERTO BERCOVICI, tomam lugar as primeiras tentativas de se conciliar constitucionalismo e participação democrática no poder, reconhecido e amparado pelas Constituições, em especial em 1919 com a Constituição de Weimar,³⁶⁷ firmando-se o debate em torno das concepções neohegelianas e neokantianas de Estado e Constituição. Ou seja, se a Constituição é simplesmente a expressão ontológica daquilo que o Estado historicamente é, seja como ele for; ou se a Constituição impõe aos agentes estatais como o Estado *deve ser*.

³⁶⁵ - GEORG JELLINEK, **Teoria General del Estado**, México: Fondo e Cultura Económica, 2002, p.400 e ss.

³⁶⁶ - FERDINAND LASSALE, **A Essência da Constituição**, 4ª. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

³⁶⁷ - Segundo GILBERTO BERCOVICI, “*Será sob a vigência desta Constituição que ocorrerá o famoso e, até hoje, fundamental, debate sobre os métodos do direito público, iniciado quando Hans Kelsen propõe a aplicação do método jurídico positivista até as últimas conseqüências, gerando, nas palavras de Heller, uma ‘Teoria do Estado sem Estado’*”, **Constituição e Política: uma relação difícil**, op. cit. p. 7.

Aqui toma relevo a grande inovação de KELSEN ao propor que a Constituição não é um documento que simplesmente reconhece os fatos políticos que configuram o Estado, mas sim uma norma jurídica cujo fundamento de validade é a *norma fundamental*, um ato de vontade, e que não é posta mas, no sentido neokantiano, pressuposta (mas ainda assim imperativa, pela própria força da vontade).³⁶⁸

Em oposição a essa dialética, o decisionismo de CARL SCHMITT dirá que a Constituição resulta de uma decisão política fundamental (originária e ilimitada portanto) e deve abordar apenas os temas fundamentais da organização política da sociedade (distinguindo entre constituição material e formal). Ou seja, a posição de SCHMITT, opositor da carta de Weimar e partidário do então incipiente partido nacional-socialista alemão, pode ser entendida no sentido de que a Constituição deve ser um instrumento da governabilidade.³⁶⁹

Após a Segunda Guerra Mundial, os debates acerca das relações entre política, direito e Constituição, são retomados no contexto da estruturação de um direito internacional e da necessidade de se julgar “*juridicamente*” os atos que foram praticados pelos Estados perdedores (notoriamente os criminosos nazistas) em conformidade *formal* com as Constituições então vigentes. Para universalizar o ideário do lado vencedor, o constitucionalismo açambarca as subjetividades do *individuo universal*, proclamadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O *homem universal*, é englobado pela Constituição representando uma *ordem social* idealizada, que se coloca acima do Estado e dentro da Constituição.

³⁶⁸- Como explica BERCOVICI “*entre a idéia de que a Constituição é a lei da vida política global de um Estado e a concepção de que a Constituição é uma regra de direito que apenas regula o comportamento estatal, estando ligada ao dever ser do Estado. Em suma, a Constituição é entendida como regime político-social do país (idéia defendida por autores das mais diversas tendências ideológicas, cujas origens estão em Hegel, passando por Ferdinand Lassale e Lorenza von Stein) ou entende-se que a Constituição limitada ao texto constitucional, regulando os comportamentos dos agentes estatais (idéia defendida pelo neokantianismo e o normativismo positivista)*”, Idem, *ibidem*.

³⁶⁹- Como observa CÂNDIDO MOREIRA RODRIGUES, “*Em Schmitt a ordem jurídica, tal como toda e qualquer ordem, deve necessariamente basear-se numa decisão e não em uma norma consensual. Daí a objeção ao liberalismo ser o cerne de sua crítica ao parlamentarismo de Weimar e é em função disto que ele defende a incompatibilidade da democracia com este sistema representativo. A soberania como criadora da ordem política e a idéia de que o esvaziamento do sentido do político ocorre como consequência da falta de um espaço autônomo de decisão sobre os critérios do agir político são os princípios de sua tese central de que a “legitimidade política na sociedade da democracia de massas não se basearia mais em convicções de valores principais, senão única e exclusivamente na legalidade formal do procedimento”, Apontamentos sobre o pensamento de Carl Schmitt, um intelectual nazista in Revista de História n.12, João Pessoa, 2005, p. 77.*

Assim se torna possível juridicizar não apenas as estruturas do Estado, mas também a própria sociedade, sendo possível opor, por meio da mesma Constituição, Estado e Sociedade.

Nesse cenário, as Constituições do pós-guerra, como anota BERCOVICI, não traçam apenas políticas para o Estado, elas “*Assumem conteúdo político, ou seja, englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização. O campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado*”.³⁷⁰

Atribuir força normativa jurídica à Constituição implica então determinar força normativa a valores materiais próprios dos quais nem os órgãos estatais nem a própria sociedade podem dispor. A partir dessa idéia que KONRAD HESSE vai buscar estabelecer o direito constitucional como uma ciência jurídica, ou seja, de um dever-ser voltado à vida de toda a sociedade (e não só do Estado).³⁷¹ A Constituição não descreve então uma realidade, ela impõe tarefas que, como coloca HESSE, *devem ser concretizadas*.³⁷²

³⁷⁰- GILBERTO BERCOVICI, **Constituição e Política: uma relação difícil**, op. cit. p. 9.

³⁷¹- Por isso, analisa KONRAD HESSE que “*Como toda ciência jurídica, o Direito Constitucional é ciência normativa; Diferencia-se, assim, da Sociologia e da Ciência Política enquanto ciências da realidade. Se as normas constitucionais nada mais expressam do que relações fáticas altamente mutáveis, não há como deixar de reconhecer que a ciência da Constituição jurídica constitui uma ciência jurídica na ausência do direito, não lhe restando outra função senão a de constatar e comentar os fatos criados pela Realpolitik. Assim, o Direito Constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes. Se a Ciência da Constituição adota essa tese e passa a admitir a Constituição real como decisiva, tem-se a sua descaracterização como ciência normativa, operando-se a sua conversão numa simples ciência do ser. Não haveria mais como diferenciá-la da Sociologia ou da Ciência Política*”. **A Força Normativa da Constituição**, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 11. É de se ressaltar que, embora HESSE foque a questão enquanto de autonomia científica, ou seja, da ciência do Direito Constitucional, é preciso ter em vista a importância da doutrina na prática jurídica tedesca. A unificação tardia do Estado alemão – e portanto a insegurança em relação a uma fonte jurídica estatal unificada – colaborou para que o projeto pandectista de um direito científico, desvendado e unificado coerentemente pela ciência do direito, permanecesse influente até os dias atuais. Ou seja, falar na autonomia da Ciência do Direito Constitucional significa, para HESSE, falar na própria autonomia normativa do Direito Constitucional para regular as situações da vida.

³⁷²- Como coloca o autor, “*A força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (individuelle Beschaffenheit der Gegenwart). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional –, não só a vontade de poder (Wille zur Macht), mas também a vontade de Constituição (Willie zur Verfassung)*”. Idem, p. 19.

A idéia de vontade de Constituição associa-se à concepção de KELSEN sobre a norma, ou seja, o *dever-ser* como um *ato de vontade*. HESSE não nega um sentido sociológico da Constituição, como expressão do modo de ser da organização estatal e social, contudo, não admite que esse aspecto fático se imponha sobre o normativo.³⁷³ *O ser deve se conformar ao dever-ser*, sem dele afastar-se por completo, sob pena da norma ser um sem-sentido. A Constituição é assim uma totalidade que engloba tanto um sentido normativo de modificação da realidade, como também, para garantir sua eficácia, se estrutura a partir da sua realidade histórica.

Uma tal concepção de uma Constituição abrangente vai além da estruturação do poder para englobar também a realização desse poder. Assim, “*A política se manifesta não apenas na instauração da Constituição (o poder constituinte originário), mas também nos momentos seguintes, de efetivação da ordem constitucional por meio de uma política constitucional*”. A idéia de uma Constituição total (política, jurídica e sociológica), ao passo em que reafirma a normatividade da Constituição, “*politiza o Conceito de Constituição, que não se limita mais à sua normatividade*”.³⁷⁴

Trata-se de um projeto teórico que implica levar em consideração o sentido, finalidade, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição e, assim, sua pretensão de transformação da realidade social. A partir dessa concepção, a Constituição totalizante compromete-se não apenas com a estruturação do Estado, com a limitação do poder, mas também com a configuração das condições materiais de vida. A Constituição passa então a englobar todas outras esferas sociais – consideradas no *interesse público* – e não apenas aquelas atinentes ao poder politicamente estabelecido dos órgãos estatais.

³⁷³ - Assim, para HESSE, “*A Constituição jurídica não significa simples pedaço de papel tal como caracterizada por Lassalle. Ela não se afigura impotente para dominar, efetivamente, a distribuição de poder, tal como ensinado por Georg Jellineck e como, hodiernamente, divulgado por um naturalismo e sociologismo que se pretende cético. A Constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, necessariamente, a parte mais fraca. Ao contrário, existem pressupostos realizáveis (realizierbare Voraussetzungen) que, mesmo em caso de confronto, permitem assegurar a força normativa da Constituição. Somente quando esses pressupostos não puderem ser satisfeitos, dar-se-á a conversão dos problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas (Rechtsfragen), em questões de poder (Machtfragen). Nesse caso, a Constituição jurídica sucumbirá em face da Constituição real*”. **A força normativa da Constituição**, op. cit. p. 25.

³⁷⁴ - GILBERTO BERCOVICI, **Constituição e Política: uma relação difícil**, op. cit. p. 9.

Como analisa BERCOVICI, “*O debate constitucional passa a travar-se entre aqueles que consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos, e os que acreditam que a Constituição deve aspirar a transformar-se num plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade*”.³⁷⁵

Nesse cenário, em oposição ao pensamento que vê na Constituição uma norma meramente definidora de procedimentos e instituidora de metas não-vinculantes, o constitucionalista português JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, em 1982, delineia uma proposta teórica que atribui poder de modificação social e conformação do poder político à Constituição, cujas semânticas encontrarão ampla repercussão na literatura jurídica nacional: trata-se da proposta da Constituição Dirigente.³⁷⁶

A concepção teórica da Constituição Dirigente delineada por CANOTILHO, aliada à dogmática das normas constitucionais programáticas de JOSÉ AFONSO DA SILVA, desempenha um papel fundamental na teoria dos interesses difusos, em especial no Brasil. Ela legitima constitucionalmente – portanto em condições de flexibilizar o princípio da tripartição de funções estatais, ou outros princípios constitucionais – o exercício da jurisdição para demandar frente ao próprio Estado a perseguição da concretização de interesses difusos, na qualidade de direitos fundamentais de terceira geração.

³⁷⁵- Idem, p. 11. Ainda segundo o autor “*No primeiro caso, a lei fundamental deve ser entendida apenas como uma norma jurídica superior, abstraindo-se dos problemas de legitimação e domínio da sociedade. A Constituição como instrumento formal de garantia não possui qualquer conteúdo social ou econômico, sob a justificativa de perda de juridicidade do texto. As leis constitucionais só servem, então, para garantir o status quo. A Constituição estabelece competências, preocupando-se com o procedimento, não com o conteúdo das decisões, com o objetivo de criar uma ordem estável. Subjacente a essa tese da Constituição como mero instrumento de governo está o liberalismo e sua concepção da separação absoluta entre o Estado e a sociedade, com a defesa do Estado mínimo, competente apenas para organizar o procedimento de tomada de decisões políticas*”. Idem, ibidem.

³⁷⁶- JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, 2^a. ed., Coimbra: Coimbra, 2001. Não pode deixar de ser referido o trabalho de JOSÉ AFONSO DA SILVA, de 1967, que, no campo estritamente dogmático (como esclarece a introdução da obra), busca reformular o tratamento das normas constitucionais tidas por programáticas nos estudos de RUY BARBOSA e PONTES DE MIRANDA, que partiam do conceito de normas auto-executáveis e não auto-executáveis da literatura constitucional norte-americana. Para o autor, as normas programáticas protegem interesses juridicamente relevantes (e não direitos subjetivos), mas “*certamente produzem situações subjetivas de vantagem que podem caracterizar simples interesse, simples expectativa, interesse legítimo e até direito subjetivo (...) essas normas geram situações negativas para o legislador e para a Administração, que não podem desenvolver suas atividades senão nos limites e do modo como elas determinam em seu programa, nas suas diretrizes, nos seus princípios. Essa situação de dever impõe o surgimento de uma situação jurídica contraposta, que confere a seu beneficiário uma possibilidade de invalidação dos atos, decorrentes daquelas atividades, quando contrários aos ditames das normas programáticas*”. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, 4^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 176-177.

Do ponto de vista do sistema jurídico, o problema da fonte de juridicidade dos interesses é ocultado com a justificativa da vinculação constitucional, justificada por sua vez pela defesa dos direitos fundamentais; do ponto de vista do sistema político, o risco da legitimidade da violação de interesses para a implementação de outros é transferido, por meio da vinculação constitucional, ao sistema jurídico.

III.4.1. – Constituição Dirigente e Normatividade dos Princípios.

A Constituição Dirigente afirma o propósito consciente de conformação do poder político, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora ao estabelecer a necessidade de um fundamento constitucional para a política.³⁷⁷

Na semântica da Constituição Dirigente, a Constituição não deve apenas limitar o poder político. Ela traça as metas que deverão ser progressivamente realizadas pelo Estado, para transformar a ordem política, econômica e social. O grande desafio da Constituição Dirigente é a sua concretização, por meio da atividade legiferante ou regulatória, e através de sua interpretação e aplicação pelos Tribunais.

Para CANOTILHO, enquanto mero instrumento formal de garantias, a Constituição é esvaziada de qualquer conteúdo social ou econômico. Serve-se apenas para garantir a estabilidade do *status quo*, preocupando-se com o procedimento, mas não com o conteúdo das decisões. Trata-se, na visão de CANOTILHO, de um resgate do ideário liberal e da concepção equivocada de um Estado mínimo.³⁷⁸

Da premência da superação desse ideário e da necessidade de se modificar as condições efetivas de vida, emerge a necessidade de uma racionalidade de *legitimação material* da atuação estatal (o que se encaixa com perfeição ao marco epistemológico hermenêutico), que enseja o surgimento de uma Constituição com linhas de direção vinculativas para os órgãos de direção política à execução de imposições constitucionais e na efetivação de direitos econômicos, sociais e difusos.

³⁷⁷- JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, op. cit., pp. 42-49 e 462-471.

³⁷⁸- JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional**, 6ª. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 79-82. Em sentido bastante análogo, FÁBIO KONDER COMPARATO aponta o conservadorismo do Estado liberal, pois os mecanismos de freios e contrapesos, além de impedirem o Estado de ameaçar as liberdades individuais, impedem também programas de ação a longo prazo, razão pela qual seria inadequada sua estrutura, **Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional in Para viver a democracia**, São Paulo, brasiliense, 1989, pp.97-98 e 104-105.

Toda Constituição, implícita ou explicitamente, pretende conformar globalmente o domínio político mediante sua atuação. Afirmam-se, a partir do ápice do ordenamento, novas funções transformadoras do Direito e (também) para o Direito. Desse modo, o sentido normativo da Constituição (HESSE), é prospectivo, não fecha o ordenamento, mas sim esboça o futuro.³⁷⁹ Esse sentido normativo permanece atuando sobre a execução do poder estatal, determinando constantemente a realização da Constituição.³⁸⁰

Essa determinação, contudo, não tolheria a liberdade do legislador ou a discricionariedade do governo, nem impediria a renovação da direção política e a confrontação partidária. Ela simplesmente aponta, normativamente, que cabe ao governo escolher o melhor meio (e não outro) de realizar os fins constitucionais (e não outros).³⁸¹

Nesse cenário, admitir um caráter meramente programático (não-normativo) das disposições que estabelecem as direções da atuação estatal suscitaria problemas que colocam em cheque a força normativa da Constituição pois implica que se confie a concretização a instâncias políticas.³⁸²

CANOTILHO, para combater esse aspecto, toma como pontos centrais do seu trabalho a defesa da não-disponibilidade da Constituição pelo legislador ordinário, que não está autorizado a não-regulamentar a Constituição, bem como a sua discricionariedade (o legislador não pode menosprezar os fins constitucionais) e, naturalmente, do administrador vinculado a essa legislação.³⁸³

³⁷⁹- JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, op. cit., pp. 27-30 e 69-71.

³⁸⁰- Como esclarece CANOTILHO: “realizar a constituição significa tornar juridicamente eficazes as normas constitucionais. Qualquer constituição só é juridicamente eficaz (pretensão de eficácia) através da sua realização. Esta realização é uma tarefa de todos os órgãos constitucionais que, na atividade legiferante, administrativa e judicial, aplicam as normas da constituição. Nesta tarefa realizadora participam ainda todos os cidadãos que fundamentam na constituição, de forma direta e imediata, os seus direitos e deveres”. **Direito Constitucional**, op. cit. pp.201-202.

³⁸¹- JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, op. cit., pp. 462-471.

³⁸²- Idem, pp. 154-158. Também LUIS ROBERTO BARROSO, com base nos trabalhos de JOSÉ AFONSO DA SILVA, esclarece que o caráter programático dessas normas comporta um sentido normativo pois, “*Em tese elas revogam as normas anteriores em sentido contrário e tornam inconstitucionais as normas posteriores incompatíveis. Ainda, o administrado poderia opor-se ao cumprimento de regras ou sujeição a atos contrários ao sentido da norma programática e obter, nas prestações jurisdicionais, interpretação e decisão orientadas no mesmo sentido e direção apontados por essas normas.*”, **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, 7ª. ed., Renovar, p. 122.

³⁸³- JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, op. cit., pp. 62-64; 329-331 e, sobre a discricionariedade do legislador em face dos fins constitucionais, pp. 216-241 e 263-266.

Da proposta da Constituição Dirigente, como bem observa BERCOVICI, resulta que: “a concretização das ‘imposições constitucionais’ (normas constitucionais que determinam a realização de tarefas e persecução de fins) é função tanto da legislação, como da direção política. Ou seja, Canotilho procura estabelecer uma vinculação jurídica para os atos políticos na Constituição. A questão das imposições constitucionais não é mera discussão sobre a oportunidade da execução dos dispositivos constitucionais, mas é um problema de cumprimento da Constituição”.³⁸⁴

Essa proposta encontrou amplo respaldo na doutrina jurídica nacional, sendo bem aceito que a Constituição Federal de 1988 é – e portanto assim deve ser interpretada e realizada – uma Constituição Dirigente.³⁸⁵ Desse modo, ainda que de aceitação periclitante nos Tribunais pátrios, a teoria da Constituição Dirigente (CANOTILHO) somada à dogmática que atribui o poder de criar situações subjetivas de vantagem às normas constitucionais programáticas (SILVA), vem servindo como amparo reflexivo-constitucional à teoria dos interesses difusos quando se trata de legitimar a atuação política dos Tribunais.

Normas constitucionais como as expressas no art. 3º (objetivos fundamentais da república), art. 5º, XXXII (o Estado promoverá a defesa do consumidor); toda a arquitetura da Ordem Econômica (art. 170 e ss.); bem como da Ordem Social prevista no Título VIII da Constituição,³⁸⁶ delineiam, sem esgotar, os interesses difusos cuja proteção e realização se impõem como obrigatórias para o Estado.

³⁸⁴ - GILBERTO BERCOVICI, **Constituição e Política: uma relação difícil**, op. cit. pp. 11-12.

³⁸⁵ - Nesse sentido, PAULO BONAVIDES entende que “o extenso texto constitucional resulta da preocupação de dotar certos institutos de proteção mais eficaz, ao anseio de conferir maior estabilidade a determinadas matérias e à conveniência de atribuir ao Estado, por meio do texto constitucional, encargos considerados pelo constituinte como indispensáveis à manutenção da paz social (...) a Constituição de 1988 é uma constituição dirigente pois define por meio das chamadas normas programáticas fins e programas de ação futura, no sentido de melhoria das condições econômicas da população. Além de conceder, mas fornecer meios de garantir e efetivar direitos sociais”. **Curso de direito Constitucional**, 6ª. ed., Malheiros, 1996, p. 74 e 332-338. Também EROS ROBERTO GRAU: “a ordem econômica constitucional não pode ser visualizada como um produto de imposições circunstanciais ou do capricho dos constituintes, mas como o resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesse que foram compostos para serem abrigados no texto constitucional de maneira peculiar, pois a Constituição é um sistema dotado de coerência, não havendo contradição entre suas normas: ou, a definição dos fins do Estado não pode nem deve derivar da vontade política conjuntural dos governos. Os fins políticos supremos e as tarefas do Estado encontram-se normatizados na Constituição, que legitima o poder político do Estado (...) A Constituição projeta uma sociedade estruturada sobre o bem-estar social”. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**, 5ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 218; 288-289.

³⁸⁶ - Arts. 193 a 232, passando pela seguridade social (saúde, previdência e assistência); Educação, Cultura e Desporto; Ciência e Tecnologia; Comunicação Social; Meio Ambiente; Família, Criança, Adolescente e Idosos e os Índios. Sem prejuízo de outros interesses constitucionais difusos, pode-se acrescentar sem medo, por força do art. 5º, §§ 1º, 2º e 3º (outros direitos difusos fundamentais – de 3ª geração – integram o ordenamento constitucional).

Com isso, o problema da distinção entre sistema político e sistema jurídico acaba ocultado com a referência normativa-totalizante à Constituição. A *força normativa* da Constituição ao mesmo tempo em que obriga o Estado a perseguir a realização dos interesses difusos que dependam de uma atividade sua, por esse mesmo motivo, legitima a atuação do sistema jurídico para fazer valer essa obrigação. Nesse cenário, permanece em aberto o problema da conflituosidade e contrariedade desses interesses na Constituição. Como realizar ao mesmo tempo interesses de textura tão aberta como a proteção dos consumidores, dos direitos culturais ou dos idosos e, por vezes, antagônicos, como o desenvolvimento e a proteção ambiental? Como cumprir com o sentido normativo da Constituição, se as suas normas, na forma de princípios, não indicam o sentido prático da sua aplicabilidade?

A questão pode ser pensada a partir da distinção traçada na teoria do direito, em especial na *common law*, entre *casos simples* e *casos difíceis*. Essa distinção liga-se ao pensamento convencionalista, já comentado alhures, segundo o qual o reconhecimento de direitos depende de um teste de verificabilidade estabelecido pelas convenções jurídicas. Como já observado, a visão convencionalista é mais clara na *common law*, mas se aplica em igual medida na *civil law*. As convenções são relativas à interpretação do material jurídico disponível, que pode tanto ser pensado como, predominantemente, a interpretação dos precedentes judiciais ou como, predominantemente, da legislação.

Há casos em que as convenções acerca do material jurídico a ser interpretado (precedentes ou a lei) indicam uma resposta clara, uma regra para atribuição do direito. Nesses casos, pode-se dizer, do ponto de vista aqui adotado, que a conflituosidade chega no caso concreto já filtrada, cabendo ao juiz aplicar ou não a norma de direito material. Contudo, há *casos difíceis* em que essas convenções não indicam respostas binárias, do tipo aplica/não-aplica. Há apenas metas, objetivos, mas nada que possa responder qual a solução correta para o atendimento dessa finalidade que, como já visto, comporta muitas vezes soluções opostas. É o caso típico dos conflitos envolvendo interesses difusos.³⁸⁷

³⁸⁷ - Como observa NORMA SUELI PADILHA. “A complexidade que envolve um direito difuso, notadamente o da dimensão do direito ao meio ambiente, exige, para a cogitação de uma possível efetividade, quando em confronto com outros valores também albergados pelo sistema, a consciência clara de que sua aplicação ao caso concreto jamais estará limitada à simples aplicação da lei, com base num procedimento de mera subsunção, visto que, na maioria das vezes, se tratará de um caso de difícil resolução, que exigirá daquele que tem o dever de decidir, também, a visualização da importância dos valores em confronto, bem como das possíveis conseqüências do resultado da decisão no caso concreto”. **Colisão de Direitos Metaindividuais e a Decisão Judicial**, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 77.

Uma das propostas mais conhecidas para a solução desse problema, e de imensa repercussão na teoria constitucional, é formulada pelo norte-americano RONALD DWORKIN, ao criticar as teorias positivistas em relação à discricionariedade judicial nos casos em que não há uma resposta clara no sistema. HART, a quem DWORKIN busca se opor, coloca que o reconhecimento de direitos depende de um teste de verificabilidade, estipulado em uma regra, reconhecido pelas convenções jurídicas nos casos concretos. Essa norma seria uma regra, ou seja, de aplicação binária (tudo-ou-nada): ou é reconhecido como direito ou não é.

Para HART, nos *casos simples* as convenções jurídicas gerais são claramente aplicáveis e as decisões não se mostram problemáticas, mas praticamente automáticas. Contudo, nos *casos difíceis*, em que ocorre o contrário, dada a textura absolutamente aberta das normas, a cognição não é uma interpretação dedutiva das convenções, mas sim a *escolha entre alternativas* de decisão.³⁸⁸

Essa possibilidade de escolha, de discricionariedade portanto, é consubstanciada em um exercício de ponderação, recorrendo a juízos de razoabilidade. Trata-se então de reconhecer um poder de discricionariedade judicial.³⁸⁹ O reconhecimento dessa discricionariedade decorre do fato de que o direito sempre se apresenta incompleto, havendo casos em que não há uma resposta prévia no sistema. A incompletude é solucionada com a proibição do *non liquet*, que autoriza o julgador a criar a norma para o caso concreto. Contudo, nesse caso, o juiz deve confiar no seu próprio sentido sobre o que seja melhor, e não em qualquer finalidade ou prioridade que acredite prescrita no sistema.³⁹⁰

DWORKIN se opõe a essa tese. Para ele, a tese de HART exprime o problema central do pensamento positivista, o qual precisaria superar três dogmas para poder construir uma visão completa do sistema jurídico: o teste de juridicidade (regra secundária fundamental) como regra (de aplicabilidade binária); a discricionariedade judicial nos *casos difíceis* e a decorrente inexistência de obrigação jurídica prévia nesses casos.

³⁸⁸ - HEBERT L.A. HART, **O Conceito de Direito**, 3ª. ed, Trad. A. Ribeiro Mendes, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, pp. 139-141.

³⁸⁹ - Como explica o autor: “*em qualquer sistema jurídico, deixa-se em aberto um vasto e importante domínio para o exercício do poder discricionário pelos tribunais e por outros funcionários, ao tornarem precisos padrões que eram inicialmente vagos, ao resolverem as incertezas das leis ou ao desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes dotados de autoridade*”. **O Conceito de Direito**, op. cit. p. 149.

³⁹⁰ - Nas palavras de HART, o juiz deve “*confiando, como um legislador consciioso, no seu sentido sobre aquilo que é melho, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz*”. **O Conceito de Direito**, op. cit. p. 338.

Aponta DWORKIN que a regra positivista de verificabilidade (regra secundária fundamental), que reconhecida pela comunidade jurídica determinaria as condições de juridicidade de um direito ainda incipiente (*manifesto right*), não é factível. Uma tal regra teria que condensar toda uma gama de padrões socialmente cambiantes referentes à responsabilidade institucional, interpretação da lei, força persuasiva dos precedentes, práticas morais contemporâneas, o que impossibilitaria a idéia de uma *regra* secundária de aplicação tudo-ou-nada (binária). Seria, na verdade, um sistema de princípios.³⁹¹

A textura aberta dos princípios, para DWORKIN, possibilita abarcar aquela *gama de padrões socialmente cambiantes referentes à responsabilidade institucional, interpretação da lei, força persuasiva dos precedentes e práticas morais contemporâneas*, que HART acredita estar em uma regra secundária. Assim, assumindo-se a normatividade dos princípios, não há espaço para se falar em discricionariedade dos juízes mesmo nos *casos difíceis*, não lhes sendo dado tomar *qualquer decisão* na ausência de uma solução clara em uma regra no sistema, mas devendo tomar *a decisão correta*, guiado pelos princípios.³⁹²

Mesmo diante da inexistência de uma regra clara e pré-estabelecida, haveria obrigação jurídica decorrente diretamente dos princípios, sempre que as razões principiológicas que fundamentam o cumprimento de uma determinada obrigação sejam mais fortes do que as razões que fundamentam o seu não-cumprimento.³⁹³ O sistema jurídico funciona, então, como um modelo de regras e de princípios, ambos com força normativa, vinculando o juiz e criando obrigações. Os princípios condensam conjuntos de padrões.

No esquema de DWORKIN, há princípios em sentido estrito e programas políticos (*policies*). Ambos têm força normativa. O princípio em sentido estrito, contudo, tem um padrão que deve ser observado não porque favorece uma realização econômica ou política desejável, mas por ser uma exigência de justiça, equidade ou outra dimensão moral.³⁹⁴ Assim, diminuir acidentes de trânsito é um *programa político (policy)*, ao passo em que a *proibição de se beneficiar da própria torpeza* é um princípio em sentido estrito. Os *programas políticos (policies)* devem ser alcançados, e impõem obrigação de atuação do Estado.

³⁹¹ - RONALD DWORKIN, **Los Derechos en Serio**. Barcelona: Ariel Derecho, 1995, pp. 70 e 95.

³⁹² - Idem, pp. 83-94.

³⁹³ - Idem, p. 100.

³⁹⁴ - Idem, p. 72.

No modelo de DWORKIN, a convivência de regras e princípios (o que inclui situações de conflituosidade) é orientada por critérios lógicos: regras seguem a aplicabilidade do tudo-ou-nada (binária), ao passo em que a aplicabilidade dos princípios comporta a ponderação em uma dimensão de peso. As regras, comportam aplicação disjuntiva: ou se aplica para determinado caso ou não se aplica. Ou é válida ou é inválida. Uma regra pode ter exceções, mas se as houver só poderá ser precisamente enunciada junto com suas exceções que, ao menos em tese, podem ser elencadas sem prejuízo ontológico.³⁹⁵

Já a aplicação de um determinado princípio ou a concretização de um programa político (*policy*) depende do peso que possam ter frente outros princípios no caso concreto. Por isso, os princípios comportam uma dimensão que as regras não possuem, que é a dimensão do peso. Saber qual princípio terá maior peso em cada caso pode ser controverso e nem sempre previsível, mas os princípios permanecem intactos ainda que não tenham sido considerados de maior relevância para determinado caso, pois os princípios não estabelecem, em seu enunciado, as conseqüências jurídicas da sua satisfação.³⁹⁶

Assim, com DWORKIN, estabelecem-se as bases conceituais para uma Constituição Dirigente, cujos princípios, entre eles os programas políticos, possuem normatividade, vinculando o julgador a uma única decisão correta diante das finalidades constitucionais e criando obrigações, inclusive e principalmente para o Estado. A dimensão de peso dos princípios resolve o problema da sua aplicabilidade lógica. Princípios não precisam se aplicar por inteiro. Eles comportam a conflituosidade porque podem ser ponderados e mesmo afastados diante de outros princípios que tenham mais peso no caso concreto.

Esse pensamento é acolhido de modo praticamente unânime na literatura nacional. BANDEIRA DE MELLO, em sua sempre citada definição, acrescenta que princípios são mandamentos nucleares de um sistema, que se irradiam sobre as normas, servindo de critério para sua inteligência, ou seja, normatizam também sentidos da interpretação.³⁹⁷

³⁹⁵ - Idem, pp. 72-74.

³⁹⁶ - Idem, p. 89. Comentando esse aspecto da obra de DWORKIN, observa PAULO GILBERTO COGO LEIVAS que “os princípios enunciam uma razão que discorre em uma só direção, mas não exigem uma decisão em particular. É possível que existam outros princípios ou determinações de objetivos estatais que apontem em direção contrária”. **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 36.

³⁹⁷ - CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, op. cit., p. 653. O que não afasta, para o autor, sua natureza normativa, mas sim torna “*mais grave*” violar um princípio do que violar uma regra.

Além dessa dimensão, os princípios têm também uma dimensão normativa concreta e,³⁹⁸ como observa SILVA, “*tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoas ou a entidades a faculdade de realizar certos interesses por ato próprio ou exigindo a ação ou abstenção de outrem...*”.³⁹⁹

Esse caráter mandamental de regulamentar uma possível situação/conduita constitui a força normativa dos princípios. A dimensão de peso na qual essa força é exercida permite lidar com as conflituosidades inerentes. Essa concepção vai embasar, na dogmática constitucional, a perspectiva de imperatividade do seu dirigismo, mesmo diante da textura aberta das suas normas. Essa idéia é de fundamental importância para o presente estudo porque as normas que tratam dos interesses difusos na Constituição de 1988 são descritas pela teoria e dogmática constitucional como tendo adotado esse modelo (regras, princípios em sentido estrito e programas políticos).⁴⁰⁰

Essa abertura marca o constitucionalismo do séc. XX que, com a consagração das várias gerações de direitos fundamentais adquiriu, para PAULO BONAVIDES, a dimensão de “*norma objetiva, de validade universal, de conteúdo indeterminado e aberto, e que não pertence nem ao Direito Público nem ao Direito Privado, mas compõe a abóboda de todo ordenamento jurídico, enquanto direito constitucional de cúpula*”.⁴⁰¹

Nesse contexto, seria imposto ao operador do direito um novo método de interpretação, que gira em torno do conceito de *concretização*. Há normas a serem interpretadas e normas a serem concretizadas.⁴⁰² A tutela dos interesses difusos, com sua amplitude, abertura, e inerente conflituosidade, não é um problema de interpretação, mas de concretização. Essa atividade demanda do operador “*decisões de prioridade*”, respeitando-se o *princípio da unidade da Constituição*, que teria o poder – um tanto enigmático, diga-se de passagem – de excluir contradições.

³⁹⁸ - JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional**, op. cit. p. 117 e ss.

³⁹⁹ - JOSÉ AFONSO DA SILVA, **Curso de Direito Constitucional positivo**, 15^a. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, pp.95-96.

⁴⁰⁰ - Como observa NORMA SUELI PADILHA, as normas sobre direitos difusos na constituição comportam “*um regramento normativo de textura aberta, com grande margem de abstração, conforme verificamos que ocorrem com os conceitos jurídicos indeterminados (...) deixou aos mecanismos do sistema a responsabilidade de um ajustamento para sua concreção no caso concreto, por meio de um preenchimento valorativo*”. **Colisão de Direitos Metaindividuais e a Decisão Judicial**, op. cit, pp. 82-83.

⁴⁰¹ - PAULO BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, op. cit., pp. 540-542.

⁴⁰² - Idem, p. 544.

O princípio da unidade da Constituição poderia “*conduzir entre distintas possibilidades interpretativas, à eleição daquela que, realmente, estabelecendo uma determinada concordância fática, elimina contradições e afiança a unidade do sistema*”.⁴⁰³

Caberia assim ao aplicador do direito, em especial aos Tribunais, em cada caso concreto desvendar a charada da unidade da Constituição e, diante da sua interpretação da vontade política originária, conformadora da força normativa da Constituição, concretizar as normas constitucionais.

Em uma outra leitura, normas constitucionais, princípios ou regras, são decisões de um ato de vontade cuja investigação aporética conduz a um neokantiano poder constituinte originário. Assim, normaliza-se na Constituição positivada uma decisão, uma vontade que *deve ser* descoberta, cumprida e concretizada, tal qual na Idade Média o direito divino das sagradas escrituras.

Um dos problemas dessa leitura do sistema jurídico, análogo aos problemas do passado medieval, é o da legitimidade do interlocutor da vontade divina, ou constitucional. A concretização da Constituição é despolitizada e delegada aos Tribunais Constitucionais.⁴⁰⁴

Esse problema é também percebido por BONAVIDES, para quem é problemático no modelo constitucional vigente a aposição de legitimidade em última instância para concretização da Constituição no juiz, “*que decide e interpreta matérias constitucionais e se investe de poder, ao qual chegou pela lógica do sistema, até congregar, em sua vontade, a competência das competências*”. Tal concentração da legitimidade no julgador (em especial nas Cortes Constitucionais) atenta contra o princípio democrático do Estado de Direito, conduzindo “*ao governo de juízes, à ditadura constitucional da toga, o que seria um desastre e uma fatalidade para a democracia*”.⁴⁰⁵

⁴⁰³ - Idem, p. 548.

⁴⁰⁴ - É o que coloca GILBERTO BERCOVICI: “*Em relação ao cumprimento do texto constitucional, um dos problemas dessa concepção de Constituição é o fato de que, ao recear deixar a Constituição nas mãos do legislador, a Teoria da Constituição Dirigente acaba entregando a decisão sobre as questões constitucionais ao judiciário. Como os problemas da Constituição Dirigente são, em grande medida, de concretização constitucional, o papel dos órgãos judiciais de controle de constitucionalidade torna-se fundamental, contribuindo, ainda mais, para a despolitização da Constituição*”. **Constituição e política: uma relação difícil**, op. cit. p. 12.

⁴⁰⁵ - PAULO BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, op. cit. p. 583.

A solução proposta por BONAVIDES parece pouco estimulante: um *juiz ideal*, consciente da realidade social e material imanente às questões constitucionais. O problema não seria, para BONAVIDES, a teoria da Constituição e a construção abstrata da representação de uma *ordem social unívoca* na suposição de um princípio de *unidade constitucional*, mas a falta de uma pré-compreensão de questões sociais como pressuposto da concretização dos direitos fundamentais. Reconhece-se que a Constituição Dirigente conduz a uma sobrecarga do sistema jurídico e a uma concentração de poder político nos julgadores, mas o meio pensado para se evitar uma deslegitimação desse esquema é uma conscientização social dos juízes (das pessoas dos juízes), o que parece pouco preciso.

Contudo, é a perfeita expressão do paradigma do Direito Social – direito deve responder às demandas da sociedade – que, construído sobre o marco hermenêutico, extrai o fundamento de juridicidade do direito de fora do direito. Separa-se direito e sociedade para que um possa agir sobre o outro. Separa-se também o Estado da sociedade para alocar suas funções no sistema jurídico. A tarefa de mudar a sociedade é atribuída com exclusividade à Constituição. A concretização da Constituição é vista como uma questão normativa, cuja responsabilidade é atribuída portanto ao Judiciário.⁴⁰⁶

Trata-se, desse modo, de uma linha teórica que isola Constituição, sociedade e Estado, como se fosse possível separá-los. Mas isso é uma ficção. Existe uma única sociedade. O sistema político dessa sociedade organiza um Estado e se diferencia do sistema jurídico por meio de uma Constituição, que acopla ambos. Não existe política nem direito fora da sociedade, apenas a política e o direito da sociedade.

⁴⁰⁶- GILBERTO BERCOVICI, analisando a ambição da proposta da Constituição Dirigente diz que: “No fundo, a concepção de Constituição Dirigente para Canotilho está ligada à defesa da mudança da realidade pelo direito. O sentido, o objetivo da Constituição Dirigente é o de dar força e substrato jurídico para a mudança social. A Constituição Dirigente é um programa de ação para a alteração da sociedade (...) Essa visão, talvez, causa a principal falha, ao nosso ver, da Teoria da Constituição Dirigente: ela é uma Teoria ‘auto-suficiente’ da Constituição. Ou seja, pensa-se numa Teoria da Constituição tão poderosa, que a Constituição, por si só, resolve todos os problemas. O instrumentalismo constitucional é, dessa forma, favorecido: acredita-se que é possível mudar a sociedade, transformar a realidade apenas com os dispositivos constitucionais. Conseqüentemente, o Estado e a política são ignorados, deixados de lado. A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política. E é justamente por meio da política e do Estado que a Constituição vai ser concretizada. Será essa maneira totalizando (e, paradoxalmente, excludente) de compreender a Teoria da Constituição, sem política e sem Estado, ao lado do poder crescente dos tribunais constitucionais, que vai favorecer, na expressão de Boaventura de Sousa Santos, a manutenção da Constituição sem Estado. (...) a Teoria da Constituição Dirigente (...) consolida o papel da Constituição como centro do direito público, minimizando o Estado e a política”. **Constituição e política: uma relação difícil**, op. cit. pp. 12-13.

Por isso, falar em um direito que, por meio da Constituição, transforma a sociedade, é impreciso pois desconsidera o funcionamento e os limites reais entre sistema jurídico e político. Além disso, é uma teoria que não se pergunta o que é essa sociedade que se pretende mudar, ignorando que apenas a sociedade – com sua política, economia, religião, arte, ciência, etc. – pode transformar-se a si mesma. E o processo não é verificável nem muito menos programável por princípios.

A teoria da Constituição Dirigente fecha os olhos para essa realidade e sela sua cegueira ao se descrever como vinculada à realização dos direitos fundamentais, cuja imposição normativa (e paradoxalmente extra-jurídica) de concretização não permite ter como não-obrigatória a implementação dos programas políticos voltados a esses direitos, especialmente de segunda e terceira geração.

Com isso, a teoria e a dogmática constitucionais criam um aparato técnico no domínio do estritamente jurídico, renunciando aos seus componentes políticos, *“a política foi reduzida ao poder constituinte e, este, relegado a segundo plano. A jurisdição constitucional foi alçada a garantidora da correta aplicação da normatividade, a única referência de legitimidade do sistema, refugiando-se a doutrina na exegese dos tribunais constitucionais”*, por isso, como bem observa BERCOVICI, *“os autodenominados neoconstitucionalistas são neopositivistas, renovando o positivismo jurídico ao propor a Constituição jurisprudencial, com o tribunal constitucional se assenhoreando da Constituição”*.⁴⁰⁷

O próprio CANOTILHO reviu suas posições acerca da Teoria da Constituição Dirigente. Para o autor, a teoria é inócua se o dirigismo constitucional for entendido como capaz de revolucionariamente realizar as transformações sociais, permanecendo válida a teoria, contudo, enquanto fundamento material das políticas públicas. Na nova visão de CANOTILHO, o problema fundamental da Constituição é saber ponderar as medidas liberais e estatais que devem informar o texto constitucional para que continue sendo o documento fundamental da república sem se converter em um instrumento totalizador com concepções unidimensionais do Estado e da sociedade.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷ - Idem, pp. 19-20.

⁴⁰⁸ - JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, Coimbra: Livraria Almeida, 1998, pp. 1191-1192, 1197-1198 e 1273.

Os textos constitucionais de cunho dirigente, como a Constituição portuguesa de 1976, teriam perdido a capacidade de absorver as mudanças e inovações da sociedade, não podendo mais integrar o todo social, tendendo a exercer uma função meramente supervisora da sociedade, não mais diretiva. As constituições dirigentes padeceriam de uma crise de reflexividade, ou seja, não mais conseguiriam gerar um conjunto unitário de respostas, dotado de racionalidade e coerência, às cada vez mais complexas demandas e exigências da sociedade. CANOTILHO vislumbra um caráter inversamente proporcional entre carga valorativo-ideológica e eficácia das normas constitucionais.⁴⁰⁹

Não obstante, permanece na teoria e dogmática constitucionais predominantes na literatura jurídica brasileira, ao menos quando se busca a instância teórico-reflexiva para a teoria dos interesses difusos, a concepção do dirigismo constitucional, vinculado à implementação dos direitos fundamentais e orientado por uma hermenêutica idealizada, realizada por um julgador também idealizado.

Obscuras, na prática, as respostas prometidas pela teoria hermenêutica dos princípios constitucionais, re-teoriza-se a tarefa do aplicador do direito, que deve, orientado pelo *princípio da unidade da Constituição*, aplicar o preceito da proporcionalidade para ponderar prioridades da tutela e concretização de direitos antagônicos mas igualmente inexoráveis, por se tratarem de direitos fundamentais. Reduzidos os problemas inerentes à conflituosidade e à falta de parâmetro de juridicidade dos interesses difusos a um problema de hermenêutica constitucional, as tomadas de posição críticas da doutrina passam a ser veiculadas como críticas aos juízes.

Obnubilado o problema da falta de reflexividade da teoria jurídica e, tido por bem cumprido o papel do legislador, a não-concretização dos interesses difusos é vista como um problema de formação do julgador. A teoria do direito passa a ser uma teoria do juiz, que não consegue atingir os ideais hermenêuticos preconizados pelo Direito Social.

Para compreender o beco sem saída da falta de reflexividade dessa linha teórica, cumpre analisar um pouco mais de perto a configuração dos interesses difusos como direitos fundamentais e o princípio da proporcionalidade como técnica para transformar em programa decisional o próprio método de decisão.

⁴⁰⁹ - Idem, pp. 1204-1209.

III.4.2. – Interesses Difusos como Direitos Fundamentais e Dever de Tutela

A semântica dos *Direitos Fundamentais* é uma derivação direta daquela, já analisada, dos direitos subjetivos. Direitos fundamentais são direitos subjetivos. A diferença que justifica tratá-los separadamente, para os fins do presente estudo, diz respeito justamente à adjetivação constitucional dos direitos fundamentais. Apesar de abalizadas opiniões em sentido contrário,⁴¹⁰ parece correto dizer que só faz sentido falar em *direitos fundamentais* à luz do conceito de Constituição.⁴¹¹ A fundamentalização de um direito subjetivo (quer se os considere naturais ou positivos) passa pela sua constitucionalização.

É que só faz sentido falar na fundamentalização de direitos quando os direitos subjetivos sejam contingentes, ou seja, diante da possibilidade de serem dispostos por um legislador, o que só ocorre após a positivação do direito. Em um sistema jusnaturalista todos direitos são imutáveis, imprescritíveis e inalienáveis. Eles decorrem da vontade de Deus ou da natureza humana. Apenas quando o direito passa a ser posto (e disposto) pelo Estado – e são criadas expectativas sobre o direito, que podem ou não se manter – se faz necessário proteger determinados direitos dessa contingência. Mas isso é fruto também da atividade estatal de produção do direito, na forma de uma hierarquia de leis.⁴¹²

⁴¹⁰- Por todos, FÁBIO KONDER COMPARATO, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2007. O autor entende que a noção de direitos fundamentais é fruto de uma marcha histórica vinculada à construção axiológica do próprio ser humano. O fundamento de juridicidade desses direitos, e a sua oponibilidade ao ordenamento positivo, não estaria na Constituição, mas em um direito natural-histórico, de fundamento na teologia cristã enraizada no pensamento ocidental.

⁴¹¹- Como observam DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, a visão predominante segundo a qual “os direitos fundamentais têm uma longa história” apresentando suas primeiras manifestações “no direito da Babilônia desenvolvido por volta do ano 2000 a.C (...) no direito da Grécia Antiga e da Roma Republicana” ou ainda, sendo “uma idéia enraizada na teologia cristã, expressa no direito da Europa medieval (...) carecem de fundamento histórico”. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, São Paulo: revista dos Tribunais, 2007, p. 24. Segundo os autores, não condiz com as perspectivas contemporâneas da história a visão de uma evolução contínua do direito e da humanidade rumo a um ideal cuja construção tenha se iniciado na antiguidade.

⁴¹²- Uma tal análise decorre do trabalho de NIKLAS LUHMANN, para quem os direitos fundamentais relacionam-se à diferenciação funcional da sociedade ocorrida na Modernidade. A fundamentalização de direitos subjetivos é uma instituição social que garante expectativas sobre os espaços de liberdade da ação diante desse processo, mas que também é realizada por meio da positivação desses direitos fundamentais na Constituição. **I Diritti Fondamentali come Istituzione**, trad. Stefano Magnolo, Bari: Dédalo, 2002, esp. pp. 63-79 e 275-295. Em uma visão jusnaturalista, FÁBIO KONDER COMPARATO pondera que “Por outro lado, se se admite que o Estado nacional pode criar direitos humanos, e não apenas reconhecer a sua existência, é irrecusável que o mesmo Estado também pode suprimi-los, ou alterar de tal maneira o seu conteúdo a ponto de torná-los irreconhecíveis. Ademais, a criação dos direitos humanos pelo Estado nacional conduziria à impossibilidade de se lhes atribuir o caráter de exigências postas por normas universais, sem as quais, como salientou Kant, não há ética racionalmente justificável. Não se trataria, logicamente falando, de atributos inerentes à condição humana, mas unicamente a determinada nacionalidade. É irrecusável, por conseguinte, encontrar um fundamento para a vigência dos direitos humanos além da organização estatal. Esse fundamento, em última instância, só pode ser a consciência

Por isso, como observam DIMITRI e MARTINS, para se falar em direitos fundamentais são necessários três elementos: (a) Estado; (b) indivíduo; e (c) texto normativo regulador da relação entre Estado e indivíduo.⁴¹³

Assim, só faz sentido falar direitos fundamentais como algo diverso do simples direito subjetivo (ou do interesse) ao qual corresponde uma obrigação de outrem, a partir do momento em que se vislumbra um aparato de poder centralizado, que possa impor decisões coletivamente vinculantes em um determinado território por meio do monopólio da força física e outras institucionalizações do poder. Direitos fundamentais participam portanto da regulação da relação entre esse Estado que monopoliza a tomada de decisões coletivamente vinculantes e o indivíduo sujeito a essas decisões.

Logo, assim como o Estado, também o conceito de indivíduo é essencial para a noção de direitos fundamentais, o que foi projetado na filosofia medieval e estabilizado na filosofia iluminista. É a proteção das subjetividades – ainda que universalizadas nos princípios – que permite opor direitos individuais (e posteriormente coletivos e difusos) ao Estado e à própria sociedade.

Por fim, a existência de um texto normativo, enquanto referência objetiva da relação entre Estado e indivíduo é imprescindível para a construção dos direitos fundamentais. O texto normativo da Constituição é que confere segurança ao sentido material dos espaços de liberdade individuais e vinculativos do Estado, podendo ser oposta hierarquicamente às demais normas não-constitucionais.

coletiva, a convicção, longa e largamente estabelecida na comunidade, de que a dignidade da condição humana exige o respeito a certos bens ou valores em qualquer circunstância, ainda que não reconhecidos no ordenamento estatal, ou em documentos normativos internacionais". A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, op. cit. pp. 59-60.

⁴¹³- DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, pp. 24 e ss., e, mais adiante, afirmam que “*Quando nos referimos ao Estado enquanto condição básica para justificar a existência de direitos fundamentais, referimo-nos ao Estado moderno. Do ponto de vista das idéias políticas, o surgimento do Estado se relaciona com análises político-filosóficas do século XVII em reação à estratificação e fragmentação medieval do poder político. Trata-se, em suma, do Estado Leviatã teoricamente desenvolvido e político-filosoficamente fundamentado na obra de Thomas Hobbes. Do ponto de vista da realidade política, o Estado foi consolidado paralelamente à imposição das estruturas econômicas do regime capitalista, baseado na troca de mercadorias produzidas por trabalhadores livres e submetidos à exploração não por meio do emprego direto da força, mas dos mecanismos do mercado e principalmente do fato de não serem proprietários dos meios de produção e, para tanto, vendo-se obrigados a vender sua força de trabalho aos detentores desses meios de produção*”. Idem, p. 25.

A idéia da hierarquia normativa estabilizada pelo constitucionalismo se apresenta assim como fundamental para que os valores constitucionais (e os direitos fundamentais) possam ser opostos às decisões do legislador, como dá conta o *leading case* da Suprema Corte estadunidense no início do séc. XIX *Marbury vs Madison*.⁴¹⁴

Os direitos fundamentais, portanto, são direitos subjetivos protegidos na Constituição contra a disposição pelo legislador e pelo Estado. Essa proteção constitucional permite que eles sejam opostos a outros direitos de categoria infra-constitucional e que não pereçam em face de outros direitos e interesses protegidos na Constituição, o que conduz a dogmática ao desenvolvimento de métodos de solução de conflitos entre direitos fundamentais.⁴¹⁵

Nesse cenário, em que a Constituição assume uma curiosa função de positivadora de direitos naturais, reconhecendo direitos que preexistiriam ao próprio direito, a teoria dos direitos fundamentais incorpora, uma perspectiva histórico-evolutiva de sucessividade de gerações de direitos fundamentais, cujo surgimento – ao menos nessa teoria constitucional – acompanha a evolução do alargamento das funções do Estado.

Assim, a chamada *primeira geração de direitos fundamentais*, que teria predominado no século XIX, é composta dos direitos de liberdade, que correspondem aos direitos civis e políticos. Tendo como titular o indivíduo, os direitos de primeira geração são oponíveis à atividade do Estado, sendo traduzidos como faculdades ou atributos da pessoa humana, ostentando uma subjetividade que é seu traço marcante. São os direitos de resistência face ao Estado.⁴¹⁶

⁴¹⁴- Nesse contexto, explicam os DIMITRI e MARTINS que “*Para que os juízes possam contrariar uma decisão dos representantes do povo, devem fundamentar sua decisão em critérios racionais. Sem isso não é possível convencer-se de que não se trata de uma decisão simplesmente subjetiva e, no limite, arbitrária. Para tanto é necessário, portanto, elaborar uma dogmática dos direitos fundamentais que explicita os critérios de fiscalização das decisões do legislador (...)*”. Idem, p. 28.

⁴¹⁵- Na síntese de ALEXANDRE DE MORAES, Os direitos fundamentais visam a assegurar uma existência digna, livre e igual, criando condições à plena realização das potencialidades do ser humano, podendo ser definidos como: “*O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana*”. Para o autor, são indispensáveis à existência das pessoas e possuem as seguintes características: (a) inalienabilidade: são direitos intransferíveis e inegociáveis; (b) imprescritibilidade: não deixam de ser exigíveis em razão do não uso; (c) irrenunciabilidade: nenhum ser humano pode abrir mão da existência desses direitos; (d) universalidade: devem ser respeitados e reconhecidos no mundo todo; (e) limitabilidade: não são absolutos. Podem ser limitados sempre que houver uma hipótese de colisão de direitos fundamentais. **Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral**. 4ªed. São Paulo: Atlas, 2002.

⁴¹⁶- PAULO BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, op. cit., p. 517.

A *segunda geração de direitos fundamentais*, da mesma forma que a primeira, teria sido inicialmente objeto de formulação especulativa em campos políticos e filosóficos que possuíam grande cunho ideológico-social. Teriam predominado em especial na primeira metade do século XX, encontrando seu nascedouro nas reflexões ideológicas do pensamento antiliberal, demandando a atuação interventiva do Estado.⁴¹⁷

Proclamados nas Declarações solenes das constituições socialistas e também na Constituição de Weimar, os direitos de segunda geração exerceram também um papel preponderante nas formulações constitucionais após a segunda guerra. Fundados no princípio da igualdade – sendo esse a razão de ser daqueles – os direitos de segunda geração são considerados como sendo os direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos, tendo sido inseridos nas constituições das diversas formas de Estados sociais. Dificuldades na implementação fática desses direitos teriam levado a teoria constitucional da primeira metade do século XX a considerá-los como despidos de juridicidade,⁴¹⁸ perspectiva que veio a ser alterada nas últimas décadas do séc. XX, em especial na Teoria da Constituição Dirigente.

A delimitação dos direitos de *terceira geração* aparece menos nítida na literatura constitucional. São normalmente identificados como direitos de solidariedade, concernentes a toda a humanidade. BONAVIDES identifica esses direitos como sendo o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Os direitos fundamentais de terceira geração se impõem na sociedade perante a própria sociedade e o Estado. Sua perspectiva universalista (toda a humanidade) pode ainda fundamentar juridicamente a intervenção na própria soberania de outros Estados.⁴¹⁹

⁴¹⁷ - Idem p. 518.

⁴¹⁸ - Como salienta PAULO BONAVIDES, esses direitos de segunda geração “*atravessaram, a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte, os direitos da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma*”. Idem, p. 518.

⁴¹⁹ - Idem, p. 523. BONAVIDES extrapola ainda a noção universalista da terceira geração de direitos fundamentais para uma quarta geração, oponível à soberania das nações. Assim, a “*globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social*”. Os direitos da quarta geração consistiriam em um direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Deles dependeria a materialização do Estado social em sua “*dimensão de máxima universalidade*”. Enquanto direito de quarta geração, a própria democracia seria o direito a uma democracia direta, possível graças aos avanços tecnológicos e sustentada legitimamente pela informação correta e aberturas pluralistas do sistema (uma contradição em si, portanto, já que a idéia de “*informação correta*” exclui a de pluralismo), livre das contaminações, vícios e perversões da mídia manipuladora (o que também não é factível, porque não se pode observar a mídia a não ser pela própria mídia). Idem, pp. 522-526.

Nesses direitos fundamentais de terceira geração – ou mesmo quarta – encontram-se os interesses difusos. Às características todas já apontadas, construídas pela sua dogmática conceitual, somam-se as adjetivações políticas e jurídicas dos direitos fundamentais: a concretização desses interesses é imperativa para o Estado e para a sociedade.

BOBBIO, a quem alguns atribuem a construção da sucessividade de gerações de direitos,⁴²⁰ entende que os direitos fundamentais de terceira geração constituem uma categoria ainda “*excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata*”.⁴²¹

No desenvolvimento por BOBBIO da teoria das gerações de direitos, o aspecto central dá conta de que a proliferação de novos direitos é fruto de uma luta pelo reconhecimento e exigência da tutela desses direitos, que decorrem da afirmação dos diferentes aspectos da individualidade do homem.

Não se trata, para BOBBIO, de uma imposição advinda de um direito natural metafísico. Mudanças na sociedade geram novas necessidades. Novas necessidades geram novos interesses. Novos interesses implicam novas exigências pelo reconhecimento jurídico de proteção a esses interesses.⁴²²

⁴²⁰- Anotam alguns autores que a tese das gerações de direito, erroneamente atribuída e assumida por BOBBIO, teria sido formulada por KAREL VASAK, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. Na ocasião esse autor teria falado em gerações de direitos, inspirado na bandeira francesa: *liberté, égalité, fraternité*. A primeira geração, *liberté*: os direitos de liberdade e os direitos individuais. A segunda geração, *égalité*: os direitos de igualdade e econômico-sociais. A terceira geração diz respeito a *solidarité*: os direitos de solidariedade. Nesse sentido ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, **Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional**. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/canCADOTRINDADE/Cancado_Bob.htm, acessado em 13.7.2007; também MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002 e FLÁVIA PIOVESAN, **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 28.

⁴²¹- NORBERTO BOBBIO, **A Era dos Direitos**, op. cit., p. 25. Afirma ainda o autor que *O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo*”. Idem, *ibidem*.

⁴²²- Explica o BOBBIO que “*Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações setecentistas. Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los. Falar de direitos naturais ou fundamentais, inalienáveis ou invioláveis, é usar fórmulas de uma linguagem persuasiva, que podem ter uma função prática num documento político, a de dar maior força à exigência, mas não têm nenhum valor teórico, sendo portanto completamente irrelevantes numa discussão de teoria do direito*”. E, mais adiante, com definitividade, expõe que “*O que distingue o momento atual em relação às épocas*

Contudo, quanto aos direitos fundamentais de *terceira geração*, os interesses e direitos difusos, BOBBIO suspeita da sua juridicidade. Entende o autor que não se pode confundir as aspirações legítimas a direitos (ainda que construídas com normatividade), que não indicam mais do que um direito a uma legislação que dê concreção a esse direito, com o direito já reconhecido e desse modo formulado. Assim, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado não seria mais do que o direito a uma legislação que proíba a emissão de determinado nível de poluentes.⁴²³

De outro lado, com uma base jusnaturalista, FÁBIO KONDER COMPARATO, ao analisar o direito ao desenvolvimento (tipicamente um interesse difuso e um direito fundamental de terceira geração), afirma que: “*A ausência de garantias jurídicas organizadas não o transforma em mera aspiração política*” de modo que é possível “*apontar para uma solução jurídica por assim dizer natural do problema da ausência de garantias*” uma tal solução consistiria no controle judicial das políticas públicas, pois “*como se viu, o desenvolvimento se realiza através de políticas públicas ou programas de ação governamental, nada mais lógico do que criar mecanismos para o controle judicial de políticas públicas, à luz do direito ao desenvolvimento, analogamente ao que ocorre, de há muito, com o controle judicial da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público*”.⁴²⁴

precedentes e reforça a demanda por novos direitos é a forma de poder que prevalece sobre todos os outros. A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico. Hoje, as ameaças à vida, à liberdade e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las. Entramos na era que é chamada pós-moderna e é caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, de transformação tecnológica e, conseqüentemente, também tecnocrática do mundo (...) Os direitos da nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontraram as três correntes de idéias do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico. Bastam três exemplos centrais no debate atual: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a vida política tanto dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional...”. Idem, pp. 26 e 229-230.

⁴²³ - Nas palavras de BOBBIO “*O que dizer dos direitos de terceira e quarta geração? A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressão de aspirações ideais, às quais o nome de direitos serve unicamente para atribuir um título de nobreza. Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmos universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido*”. Idem, p. 29.

⁴²⁴ - FÁBIO KONDER COMPARATO, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, op. cit. p. 401.

Contudo, a técnica de jurisdicionalizar a questão, criando mecanismos de controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário, não soluciona a questão antecedente de se saber qual a decisão a ser proferida sobre essa política pública. Quais são as finalidades legítimas e os meios a serem utilizados para se obrigar juridicamente o Estado a concretizar o direito ao desenvolvimento? Quais políticas são prioritárias?

Trata-se, mais uma vez, do problema da unidade da fonte da juridicidade desses direitos (ou interesses) de terceira geração, os interesses (ou direitos) difusos. Afirmar a sua juridicidade por meio da alusão à obrigatoriedade da concretização dos direitos fundamentais (e os direitos difusos são fundamentais) não ajuda nesse problema.

Há um consenso moral sobre a juridicidade desses direitos, há um consenso jurídico sobre a sua moralidade, mas isso não torna a categoria homogênea.⁴²⁵ A imperatividade na consecução de todos os direitos fundamentais (afinal, não pode haver graus de imperatividade, no máximo, de prioridade) agrava esse problema. Afirmar uma unidade não torna os interesses efetivamente unos, como bem observa BOBBIO:

Quando digo que os direitos do homem constituem uma categoria heterogênea, refiro-me ao fato de que – desde quando passaram a ser considerados como direitos do homem, além dos direitos de liberdade também os direitos sociais – a categoria em seu conjunto passou a conter direitos entre si incompatíveis, ou seja, direitos cuja proteção não pode ser concedida sem que seja restringida ou suspensa a proteção de outros (...). Através da proclamação dos direitos do homem, fizemos emergir os valores fundamentais da civilização humana até o presente. Isso é verdade. Mas os valores últimos são antinômicos: e esse é o problema.⁴²⁶

Desse modo, quer se adote uma perspectiva jusnaturalista, como COMPARATO, pensando no Estado como obrigado a reconhecer direitos naturais ontologicamente transcendentem; ou um positivismo neokantiano-culturalista como BOBBIO, pensando no reconhecimento pelo Estado dos valores fundamentais da civilização humana, como fruto da luta pelo reconhecimento desses direitos, o problema da antinomia desses valores permanece em aberto.

⁴²⁵ - Como em outra passagem coloca NORBERTO BOBBIO que “*Além das dificuldades jurídico-políticas, a tutela dos direitos do homem vai de encontro a dificuldades inerentes ao próprio conteúdo desses direitos. Causa espanto que, de modo geral, haja pouca preocupação com esse tipo de dificuldade. Dado que a maior parte desses direitos são agora aceitos pelo senso moral comum, crê-se que o seu exercício seja igualmente simples. Mas, ao contrário, é terrivelmente complicado. Por um lado, o consenso geral quanto a eles induz a crer que tenham um valor absoluto; por outro, a expressão genérica e única ‘direitos do homem’ faz pensar numa categoria homogênea. Mas, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea*”. **A Era dos Direitos**, op. cit. p. 60.

⁴²⁶ - Idem, pp. 61-64.

Esse problema se reflete na impossibilidade de se descrever a unidade do sistema jurídico, ou seja, o critério de juridicidade que torna normativamente prevalecente um interesse difuso em face de outro. A oposição entre o direito ao desenvolvimento e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ilustra bem o problema.

Da perspectiva universalizante dos direitos fundamentais, não há qualquer razão pela qual a Organização das Nações Unidas – ONU não possa legitimamente autorizar uma intervenção militar no Brasil para, na tutela de direitos humanos de terceira geração, conter os índices de desmatamento e queimadas na Amazônia. Da perspectiva interna, não há qualquer razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, na tutela dos direitos fundamentais de segunda geração, não possa ter por constitucional uma lei regularizando a ocupação em áreas de manancial. A não-implementação de termoelétricas pelo Estado pode ser objeto de ação civil pública para, na tutela do direito fundamental ao desenvolvimento, obrigar o Poder Público a concretizar o projeto. A implementação dessas termoelétricas pode ser objeto de ação civil pública na tutela do direito fundamental ao meio ambiente.

É de se apontar também que o próprio aspecto geracional dos direitos fundamentais, pressuposto por BOBBIO no esquema necessidade-interesse-direito (que embasa a técnica da solução da conflituosidade dos direitos fundamentais por meio de um juízo de necessidade), não se mostra preciso. Em termos histórico-cronológicos o surgimento de diferentes categorias de direitos fundamentais não seguiu rigidamente a ordem das gerações, nem uma geração nova (necessidades novas) substitui a antiga.⁴²⁷ Se as necessidades – que geram interesses que são protegidos pelo direito – não vão se substituindo, a conflituosidade entre as próprias necessidades (e portanto entre os interesses) permanece e a análise de prioridades dificilmente não recairá em fórmulas de discricionariedade judicial.

De outro lado, a abordagem jusnaturalista não parece oferecer também soluções plausíveis. O direito contemporâneo é positivo. A normatividade depende de positivação (direito posto por um ato estatal, como uma lei ou uma decisão judicial).

⁴²⁷- Como apontam DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, “*é inexato referir-se a gerações dos direitos fundamentais, considerando que os direitos sociais sejam posteriores aos direitos de inspiração liberal-individualista ou que estes tenham substituído, ultrapassado os direitos fundamentais clássicos da dita primeira geração liberal-individualista. Não há dúvida de que a parcela do orçamento estatal dedicada ao financiamento dos direitos sociais após a Segunda Guerra Mundial é bem maior do que aquela de inícios do século XIX. Mas essa é uma alteração quantitativa, que indica uma mudança nas políticas públicas, e não uma inovação no âmbito dos direitos fundamentais, cuja teoria e prática conheceram, desde o início do constitucionalismo, os direitos sociais*”. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, op. cit. p. 35.

Por isso, a afirmação da pré-existência natural de direitos não elide o fato de que seu reconhecimento concreto (e demandabilidade jurídica) por parte (ou em face) do Estado depende dessa positividade, o que torna muito pouco útil uma teoria jusnaturalista dos direitos fundamentais.⁴²⁸

Além disso, uma *ordem natural* de onde decorreriam esses direitos não tem o condão de representar a unidade da sociedade, como fez na Antiguidade (a partir da noção da *polis*), na Idade Média (a partir da noção da Cidade de Deus) e na Modernidade (a partir da idéia da liberdade do indivíduo). A sociedade contemporânea, complexa e funcionalmente diferenciada, não comporta instâncias de representação privilegiadas. Mesmo seus valores últimos se apresentarão sempre antagônicos.

É que, por serem normalizados enquanto regulação das relações conflituosas entre Estado e indivíduos (e coletividades), ou da sociedade consigo, não se pode ter a pretensão de juridicizar por completo os direitos fundamentais. A visão que despolitiza a Constituição, como visto na análise da Constituição Dirigente, é imprecisa. Os direitos fundamentais carecem muitas vezes de proteção política e econômica que o direito não pode garantir pois decisões judiciais não geram consenso político nem geram dinheiro.

O tratamento que despolitiza a Constituição e, com isso, os direitos fundamentais, dificulta sua compreensão. Se em determinados casos, como nos direitos de liberdade em face do Estado, a alusão à normatividade justifica juridicamente uma decisão (que impõe uma abstenção ao Estado), em outros, tidos como política ou economicamente controvertidos, isso não ocorre.⁴²⁹

⁴²⁸ - Como colcam DIMOULIS e MARTINS: “Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”. Assim, a fundamentalidade é garantida pela constitucionalização formal do direito, não se havendo de admitir como fundamental um direito que possa ser livremente modificado pelo legislador ordinário, mas também não é também possível sustentar que os direitos fundamentais antecedem ao seu reconhecimento por parte do Estado. “Um direito só existe juridicamente a partir da sua positivação, que estabelece seu exato alcance. Sem este reconhecimento, tem-se simplesmente uma reivindicação política, que eventualmente pode permitir a positivação dos direitos fundamentais, mas, evidentemente, não permite reivindicar direitos em âmbito jurídico”. Idem pp. 54 e 59.

⁴²⁹ - Explicam DIMOULIS e MARTINS que “A aplicação dos direitos fundamentais envolve grandes interesses econômicos e políticos. Por isto, gera controvérsias que são dificilmente controláveis pelo direito. Basta pensar no problema da propaganda de tabaco e de bebidas alcoólicas. Por essa razão, o operador jurídico enfrenta particular dificuldade em encontrar a solução correta do ponto de vista jurídico-dogmático em casos complicados e política ou economicamente controvertidos”. Idem, p. 62.

Os direitos fundamentais – em especial os difusos – devem ser pensados a partir das relações entre política e direito. Pensar essa relação apenas do ponto de vista normativo – positivista ou jusnaturalista – acaba por elidir a própria diferença entre ambos e faz com que a teoria produza soluções problemáticas.⁴³⁰ Assim, em vez de pensar os direitos fundamentais pela perspectiva da sucessividade de gerações, ou da perspectiva de um direito natural que demanda reconhecimento, vale pensá-lo a partir da regulação jurídica da relação entre indivíduo e Estado, como fruto de uma decisão política.

Pensando-se os direitos fundamentais a partir da relação entre Estado e indivíduos, tem-se como predominante na literatura a análise traçada no final do séc. XIX por JELLINEK sobre *status* negativos ou positivos dos direitos oponíveis ao Estado. Na regulação das relações entre Estado e indivíduo, um direito fundamental pode limitar a liberdade de atuação dos órgãos do Estado, ou seja, um direito público subjetivo que vincula o Estado a um não-fazer (direitos negativos) ou pode também implicar na obrigação do Estado fazer alguma coisa (direitos positivos).⁴³¹

Partindo da classificação de JELLINEK, pode-se, com DIMOULIS e MARTINS, vislumbrar três categorias de direitos fundamentais a partir das relações entre Estado (E) e indivíduo (I): (a) *direito de resistência à intervenção estatal*, E deve não intervir em I, podendo I resistir juridicamente a essa intervenção; (b) *direito a prestações sociais*, nos quais E deve intervir na esfera de I no sentido indicado na Constituição, podendo I exigir juridicamente essa atuação de E. Essas prestações podem ser materiais (oferecimento de bens ou serviços a pessoas que não podem adquiri-los no mercado) ou normativas (criação de normas necessárias ao exercício de um direito); e (c) *direitos políticos*, I pode interferir na esfera de E para demandar sua participação política na gestão da coisa pública.⁴³²

Assim, de modo mais preciso do que a idéia de gerações de direitos fundamentais, essa classificação de DIMOULIS e MARTINS, com base em JELLINEK, parece se adequar melhor em uma dimensão justificatória dos direitos fundamentais. Eles existem para regular juridicamente as relações políticas entre Estado e indivíduo.

⁴³⁰- Nesse contexto, a afirmação de CELSO FERNANDES CAMPILONGO de que o direito constitucional e administrativo, bem como o direito moderno como um todo “*nunca serão compreendidos de maneira aprofundada sem uma sólida especulação teórica sobre os vínculos existentes entre o direito e a política*”, **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**, op. cit. p. 16.

⁴³¹- GEORG JELLINEK, **System der subjektiven öffentlichen Rechte**, Freiburg: Mohr, 1892, pp. 95-186, *apud* DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, op. cit. p. 63.

Compreender os direitos difusos como direitos fundamentais implica compreender qual tipo de relação eles podem estabelecer entre Estado e indivíduos (ainda que indetermináveis e unidos por circunstâncias de fato).

Para isso, algumas distinções precisam ser feitas. Primeiro, direitos difusos não podem ser simplesmente enquadrados como um direito a prestações sociais. Os chamados *direitos sociais* podem até ser titularizados (juridicamente ou acidentalmente) por coletividades, mas eles são, em essência, fruíveis individualmente. Eles são, portanto, individualizáveis (p.ex.: direito a remédios para tratamento do HIV).⁴³³

Há também, e a Constituição de 1988 reconhece explicitamente, direitos fundamentais que só podem ser exercidos por mais de uma pessoa, como o direito de associar-se, reunir-se, ou o direito de formar partidos políticos. Não são direitos difusos nem propriamente coletivos em sentido estrito porque são titularizados por indivíduos e não por grupos. Uma associação pode representar em juízo um interesse coletivo em sentido estrito, mas o direito de formar uma associação é individual.⁴³⁴

Já os direitos propriamente coletivos em sentido estrito e os acidentalmente coletivos (individuais homogêneos), embora possam ser titularizados por um grupo de pessoas determinadas, permanecem sem maiores problemas como direitos de resistência (p.ex.: direito de greve dos servidores públicos), a prestações sociais (direito a reajuste de carreiras públicas) ou políticos (direito ao quinto constitucional).

Nos direitos coletivos em sentido estrito, a referência a uma coletividade concreta de indivíduos permanece como âncora da substância da estrutura lógica da relação E x I, ao passo em que os direitos individuais homogêneos, como já visto, são direitos essencialmente individuais que, por circunstâncias fáticas, podem gozar de tutela processual coletiva.

⁴³² - Idem, p. 63 e ss.

⁴³³ - Como observam DIMOULIS e MARTINS “O termo *direitos sociais* se justifica porque seu objetivo é a melhoria de vida de vastas categorias da população, mediante políticas públicas e medidas concretas de política social. Mas isso não o torna um direito coletivo. Enquanto direitos públicos subjetivos, os direitos fundamentais não são só individualizáveis como, em primeira instância, direitos individuais (dimensão subjetiva)”. Idem p. 67.

⁴³⁴ - Idem, pp. 71-72.

O problema está justamente nos direitos difusos fundamentais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito ao desenvolvimento, direito à proteção do consumidor, e a políticas públicas em geral. Não pela indeterminação absoluta de seus titulares, que ocorre em vários direitos fundamentais, mas sim pela indeterminação do que cada titular pode fazer ou exigir em cada circunstância por força desses direitos.⁴³⁵

Ou seja, mesmo quando se trata de considerar os interesses difusos como direitos fundamentais, a alta conflituosidade impede que se determine seu conteúdo. O problema não está na indeterminação dos titulares – o que se resolve com o rol de legitimados ativos – mas na indeterminação da própria satisfação ou insatisfação desse direitos. Não se pode vislumbrar quais obrigações esses direitos, enquanto direitos fundamentais, impõem concretamente ao Estado, pois “*na realidade, está-se diante de propósitos e objetivos políticos da atividade estatal e não de direitos fundamentais no sentido clássico e consolidado do termo*”.⁴³⁶

Os direitos difusos, portanto, não comportam a estrutura lógica de um direito fundamental. Isso não significa, como também observou EDMUNDSON sobre os direitos subjetivos morais, que os bens e interesses relacionados a esses não-direitos não sejam objeto de normas jurídicas e obrigações.

Mais do que um dever moral, a Teoria Constitucional dota de força normativa deveres votados contra o Estado a partir dos quais se pode extrair a proteção de situações jurídicas, ou seja, tutela jurisdicional equivalente à tutela de direitos subjetivos.

No âmbito dos direitos fundamentais essa problemática pode ser vista em dois aspectos. Primeiro, há de se considerar o que DIMOULIS e MARTINS chamam de *efeito horizontal* dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais, ao regularem a relação entre Estado e indivíduo – impondo deveres em relação a bens e pessoas incapazes de formar interesse – produzem também obrigações para os demais indivíduos.

⁴³⁵ - Como explicam DIMOULIS e MARTINS “*O verdadeiro problema que gera essa categoria de direitos não está, como às vezes se sustenta, na indeterminação absoluta de seus titulares. Essa indeterminação sempre se constata nos direitos fundamentais que são garantidos mediante normas de particular generalidade indicando os titulares com termos tais como todos, os brasileiros, os trabalhadores. O problema peculiar dos direitos difusos está na impossibilidade de determinar o que cada titular do direito pode fazer ou exigir em determinadas circunstâncias concretas, ao contrário do que ocorre com os demais direitos fundamentais*”. Idem, p. 73.

⁴³⁶ - Idem, pp. 73-74.

Vale dizer, o direito fundamental à inviolabilidade da correspondência não apenas impede o Estado de violar correspondências. Ele gera também um *dever de tutela* para o Estado em relação a esse direito, para que ele não seja violado por particulares.⁴³⁷

Tendo em conta esse efeito horizontal, pode-se diferenciar nos direitos fundamentais uma dimensão subjetiva e uma objetiva. Os direitos fundamentais clássicos, na sua dimensão subjetiva, aderem a um sujeito (do direito) que deve perceber esse direito e exigí-lo para realizá-lo. São, em regra, os direitos de resistência à atuação estatal.

A dimensão objetiva é aquela cuja *percepção* (de um interesse, p. ex.) independe dos titulares e que oferece critérios para controle da ação estatal. Há três aspectos da dimensão objetiva: **(a)** são normas de competência negativa, ou seja, retiram objetivamente a competência do Estado para algumas ações; **(b)** critério de interpretação para o direito infraconstitucional; e **(c)** dever de tutela por parte do Estado.⁴³⁸ Desse modo, a proteção constitucional dos interesses difusos, equiparados a direitos fundamentais, embora não assumam a forma lógica de um direito subjetivo, enseja o dever – juridicamente demandável – de tutela por parte do Estado.

Segundo DIMOULIS e MARTINS a idéia do dever de tutela foi desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão a partir da idéia da necessidade de o Estado tutelar direito de fetos contra o aborto. A sua configuração gira em torno, de um lado, de um dever do Estado diante dos riscos e perigos do desenvolvimento tecnológico e industrial (que é o caso típico do direito ambiental, do direito à saúde, do direito à educação, e da previdência e seguridade social) e, de outro, da proteção dos hipossuficientes, como é o caso dos consumidores, dos idosos, das crianças e dos adolescentes, dos fetos, das futuras gerações, dos incapazes, dos índios.⁴³⁹

⁴³⁷- Para DIMOULIS e MARTINS “os direitos fundamentais correspondem sempre a deveres do Estado, tanto a deveres de abstenção de intervir na esfera de liberdade garantida dos indivíduos, como a deveres de prestação e de manutenção de uma determinada estrutura ou organização. Significa isso que os particulares podem violar a correspondência e invadir o domicílio dos outros ou privá-los da liberdade de locomoção, mediante seqüestro e cárcere privado? A resposta é negativa. Os direitos fundamentais que de forma imediata vinculam o Estado trazem também conseqüências que envolvem uma questão relativa a direitos fundamentais por Parte do Judiciário. Além do dever de observar a esfera de liberdade individual garantida pelo direito fundamental, o Estado tem o dever de proteger os direitos contra agressões oriundas de particulares. Esse é o espírito que norteia a teoria e dogmática do efeito horizontal e do dever estatal de tutela”. Idem, p. 107.

⁴³⁸- Idem, pp. 118 e 121 e ss.

⁴³⁹- Idem, pp. 123-127.

A questão passa a ser então saber até que ponto é possível extrair diretamente da Constituição – sem que haja uma legislação infra-constitucional regulamentando essa intervenção (filtrando conflituosidade) – o dever de tutela estatal de direitos fundamentais que aparentam comportar uma existência constitucional apenas na dimensão objetiva, como é o caso dos direitos difusos.⁴⁴⁰

Ampliar a um tal nível o conteúdo auto-evidente das normas constitucionais tornaria sem sentido a própria existência de um ordenamento infra-constitucional e da idéia de controle de constitucionalidade. Se os deveres de conduta para os particulares pudessem ser extraídos concretamente dos direitos fundamentais constitucionalizados, a subjetividade (possibilidade de renunciar) inerente a direitos nas relações entre particulares restaria sobrepujada pela imperatividade da Constituição.

Assim, para esses autores, o dever de tutela não poderia decorrer da dimensão objetiva dos direitos fundamentais – independentemente de percepção do titular – mas apenas da dimensão subjetiva.⁴⁴¹ Tratar-se-ia sempre da atuação do Estado para proteger preventivamente direitos fundamentais *na dimensão subjetiva*, devendo o Estado evitar: **(a)** a concretização de uma ameaça com conseqüências irreparáveis para um bem *de algum titular*; **(b)** conseqüências de uma ameaça cujos desdobramentos podem ser incontroláveis; e **(c)** uma situação que impossibilite a solução autônoma de um conflito quando há desequilíbrio das chances entre as partes.

Na visão de DIMOULIS e MARTINS seria necessário um titular da situação subjetiva de vantagem para ativar o dever de tutela. Dessa visão pode-se extrair que a tutela dos direitos difusos como direitos fundamentais seria, na verdade, o resultado reflexo da proteção de direitos fundamentais individuais ou coletivos.

⁴⁴⁰- Para DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS “Defender a tese da derivação direta de tais deveres da própria Constituição significa esvaziar o sentido da Constituição enquanto pauta e critério do controle de constitucionalidade de intervenções legislativas, comprometendo frontalmente o direito de resistência dos titulares do direito fundamental em pauta. Se a Constituição dispusesse sobre relações jurídicas sinalagmáticas entre particulares, tudo o que o legislador estaria fazendo ao definir o alcance dos tais direitos e obrigações dos atores do mercado midiático seria sempre configuração ou conformação do texto constitucional e não uma intervenção estatal no status negativus libertatis de cada ator, que deve permanecer sempre sujeita a controle. Caso contrário, a dimensão jurídico-objetiva abarcaria por completo a dimensão jurídico-subjetiva”. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, op. cit. p. 125.

⁴⁴¹- Para os autores, “o dever de tutela se fundamenta na ameaça de direitos proveniente de particulares e cria uma posição jurídica subjetiva. Os efeitos decorrentes do exercício do dever estatal de tutela são próprios da função clássica dos direitos fundamentais (resistência contra intervenção lesiva que, no caso, provém de particulares e não do Estado). Essa função exige do Estado uma intervenção preventiva antes que o conflito ou ameaça impossibilite o exercício de um direito fundamental”. Idem, p. 127.

Contudo, parece mais correto dizer, a partir da própria visão dos autores, que a proteção dos direitos difusos como direitos fundamentais implica um direito fundamental que existe apenas na dimensão objetiva, e que enseja o dever de tutela estatal independentemente da percepção dos possíveis titulares de uma violação a esses direitos. Até porque, na atuação do Estado sobre a relação entre particulares para proteger um bem ou conter uma ameaça, é preciso se considerar a existência de *bens difusos*, ou seja, *cujas fruição preenche necessidades indivisíveis de titulares indetermináveis*.⁴⁴²

De qualquer modo, esteja o dever de tutela fundado no efeito horizontal da dimensão subjetiva ou na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o problema permanece saber como aferir o cumprimento desse dever (e portanto quando ele é exigível). Em que situações é possível dizer que o dever de tutela foi descumprido? O que se está legitimado a demandar do Estado quando se lhe demanda o cumprimento do dever de tutela em relação a um bem difuso, ou seja, a proteção de um interesse difuso?

A teoria dos direitos fundamentais difusos não responde a essa questão. Pode-se demandar jurisdicionalmente do Estado o dever de tutela dos interesses difusos, mas não se sabe quais deveres podem ser legitimamente demandados e quais não podem (p. ex.: demandar judicialmente do Estado a transposição do Rio São Francisco é legítimo? E a realização de plebiscito para separação do Rio Grande do Sul?). Tudo que se extrai da teoria é que, tanto um quanto o outro são, ou não, imperativos para concretizar a Constituição, a ser decidido pelo Judiciário.

Diante do já analisado contexto do acesso à justiça, o dever de tutela estatal é demandável independentemente de possuir um conteúdo material. O cumprimento ou não do dever de tutela de um direito difuso fundamental deverá assim ser aferido no caso concreto pelo Judiciário, a partir de uma ponderação de proporcionalidade.

Em substituição à racionalidade material prometida pela Teoria da Constituição Dirigente, esboça-se a materialização de um critério procedimental como fundamento da legitimidade dos interesses tutelados. Trata-se da fórmula do preceito da proporcionalidade, desenvolvido pelo constitucionalista alemão ROBERT ALEXY.

⁴⁴²- Como é o caso do bem ambiental previsto no art. 225 da Constituição Federal. Pode-se pensar também na proteção da infância ou na própria segurança pública.

Analisada um pouco mais de perto essa fórmula, se verá que ela encerra a parábola das saídas oferecidas pelo Paradigma do Direito Social, no marco epistemológico hermenêutico, para a unidade da juridicidade dos interesses.

Ela reintroduz na teoria dos direitos fundamentais o problema da discricionariedade judicial, que os neopositivistas formulavam como norma de competência alternativa para explicar a completude do sistema, e para o qual DWORKIN buscava uma alternativa ao propor o modelo de regras e princípios.

Sua construção acabou repercutindo em toda a teoria jurídica contemporânea, falando-se em proporcionalidade como critério para aferir a juridicidade em todos os ramos do direito, em especial no caso dos interesses difusos.

III.4.3. – Preceito da Proporcionalidade

ALEXY reconhece que as disposições acerca de direitos fundamentais caracterizam-se pela vagueza com a qual regulam a problemática da estrutura normativa básica do Estado e da sociedade. Essa vagueza demanda uma espécie normativa própria que conduza ao reconhecimento da normatividade e da justiciabilidade dos direitos fundamentais, considerando as necessárias colisões (reflexo da conflituosidade) entre esses direitos.⁴⁴³

Assim, ALEXY propõe que as normas que dispõem sobre direitos fundamentais – de qualquer geração – são princípios. Regras e princípios são dotados de normatividade (determinam o dever-ser) e podem ser formuladas deonticamente como mandamentos, permissões ou proibições.

Princípios se diferenciam das regras não apenas pela sua alta graduação de generalidade, mas também pela sua formulação lógica. Para o autor, princípios são *mandados de otimização*, ao passo em que regras são determinações. Mandados de otimização ordenam que algo deve ser realizado *na maior medida possível, dadas as possibilidades jurídicas e fáticas* existentes, podendo ser cumpridos em diferentes graus.⁴⁴⁴

⁴⁴³- ROBERT ALEXY, **Teoria de los derechos fundamentales**, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 21-22.

⁴⁴⁴- Idem, pp. 83-86.

As regras, de outro lado, contêm determinações de formulação binária disjuntiva, como em DWORKIN, a serem ou não cumpridas, dentro do âmbito fático e jurídico de possibilidade. A impossibilidade fática ou jurídica da aplicação da regra conduz à sua invalidade e conseqüente exclusão da ordem jurídica – salvo se for possível introduzir uma exceção por meio de outra regra ou a partir de um princípio.⁴⁴⁵

Para ALEXY não há maiores dificuldades no que tange ao conflito de regras. Assim como em DWORKIN, para o autor pode-se solucionar esse conflito pela inserção de cláusulas de exceção ou declarando inválida uma das regras – para o que se pode utilizar diferentes regras (lei posterior/anterior; especial/geral; hierarquia, etc.). Já na colisão entre princípios, deve-se proceder, na dimensão do peso observada por DWORKIN, à ponderação de qual interesse possui o maior peso no caso concreto, sendo certo que, ao contrário de DWORKIN, para ALEXY os princípios sempre serão de igual peso em abstrato. Trata-se assim de uma apreciação casuística de precedência de princípios (precedência condicionada), ou seja, não existem soluções *a priori* para as possíveis colisões.⁴⁴⁶

Assim como para DWORKIN, para ALEXY, princípios podem tanto conferir um direito fundamental (princípio em sentido estrito) como determinar a persecução de interesses da comunidade (programas políticos). Contudo, justamente por conta dos princípios serem mandados de otimização (devem ser realizados na medida do possível), eles não são quantificáveis, devendo-se considerar os pressupostos fáticos e jurídicos de ambos princípios colidentes no caso concreto para a máxima realização de ambos.⁴⁴⁷ Esse mandamento de otimização formulado nos princípios, para ALEXY, possui uma natureza *prima facie*, vale dizer, ao contrário das regras, que emanam uma determinação definitiva, os princípios podem ser contrapostos.⁴⁴⁸ Esse caráter *prima facie* dos princípios pode ser reforçado por meio de uma *carga argumentativa*.

⁴⁴⁵- Idem, p. 99. Segundo aponta PAULO GILBERTO COGO LEIVAS, sobre a teoria de ALEXY: “Alexy parece reconhecer a diferença entre obrigação de otimização (*Optimierung-gebote*) e obrigação a ser otimizada (*zu optimierenden Gebote*), que seria estabelecida em dois níveis. Sobre o nível do objeto, estariam os princípios como ideais (*idealen Sollen*) e como obrigações a serem otimizadas e, sobre o meta-nível, estaria a obrigação de otimizar, que incidiria sobre o primeiro nível ou nível do objeto. Desse modo, o mandado de otimização é uma regra, e o princípio é um objeto a ser otimizado pela regra da otimização, existindo, entre eles, uma relação necessária, pois um está implícito no outro e vice-versa”, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p; 40.

⁴⁴⁶- ROBERT ALEXY, **Teoria de los derechos fundamentales**, pp. 88-89.

⁴⁴⁷- Idem, p. 94.

⁴⁴⁸- Idem, pp. 98-99. Por esse motivo, “Um princípio cede quando um princípio oposto, no caso concreto, possui um peso maior. Uma regra, contudo, não cede quando o princípio oposto tem um maior peso que apóia a regra”, PAULO GILBERTO COGO LEIVAS, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, op. cit. p. 43.

Nesse cenário, “*é possível introduzir uma carga de argumentação em favor dos direitos individuais (liberdade, igualdade e dignidade) contra bens coletivos (propriedade, segurança)*” o que, contudo, não lhes retira o caráter *prima facie*.⁴⁴⁹

Contudo, ao contrário de DWORKIN, ALEXY não reconhece uma unidade axiológica na Constituição, ou seja, de uma ordem moral unívoca. Princípios remetem a valores e os valores são também antagônicos. Os princípios comportam em si um mandamento deontológico (*dever-ser realizado na medida do possível*). Os valores, de outro lado, comportam uma indicação de preferência.

Dado esse quadro, devem-se utilizar as técnicas para solução de colisão de princípios e ponderação de interesses para ponderar os próprios valores conflituosos insertos nos textos constitucionais. A partir de uma ponderação de valores, poder-se-ia chegar a uma *valoração de interesses*, e passar da *melhor decisão* à constatação da *decisão devida*.⁴⁵⁰ Essa valoração/ponderação conduziria à decisão juridicamente correta nos casos conflituosos, se realizada a partir da aplicação do preceito da proporcionalidade.

Para ALEXY a proporcionalidade não é um princípio – no sentido por ele mesmo construído – mas um preceito, que engloba: a adequação, a necessidade e proporcionalidade estrita – os três preceitos parciais constitutivos da proporcionalidade. A proporcionalidade não comporta em si uma ponderação, como ocorre com os princípios. Não há uma dimensão de peso da própria proporcionalidade, ou ela é satisfeita (por meio da satisfação dos seus preceitos parciais) no caso concreto ou não.⁴⁵¹

O preceito da proporcionalidade opera a partir dos seus três preceitos parciais: *adequação* do meio empregado para atingir o resultado pretendido; *necessidade* do meio empregado (caso exista outro menos invasivo) e *proporcionalidade em sentido estrito*. A adequação pressupõe a prova de aptidão do ato e conformidade com o fim que o motivou. A necessidade exige uma análise comparativa da possível equivalência de meios menos invasivos para se atingir o fim em questão. A proporcionalidade em sentido estrito reintroduz na análise os dois preceitos condensados para uma ponderação jurídica do interesse que se quer atingir em face de outros que serão atingidos.

⁴⁴⁹ - PAULO GILBERTO COGO LEIVAS, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, op. cit., p. 45.

⁴⁵⁰ - ROBERT ALEXY, **Teoria de los derechos fundamentales**, pp. 138.

⁴⁵¹ - *Idem*, p. 112.

Considerando que os princípios são mandados de otimização acerca de possibilidades fáticas e jurídicas, os preceitos parciais da necessidade e da adequação incidiriam em relação às possibilidades fáticas, ao passo em que a proporcionalidade estrita incidiria sobre a possibilidade jurídica de realização e ponderação na colisão de princípios.⁴⁵²

Como se percebe, a preocupação central é a construção de uma teoria dos direitos fundamentais que comporte uma dogmática adequada para a colisão. Por isso, eles são pensados como princípios: nenhum prevalece sobre outro *a priori*. A realização de um princípio, seja ele instituidor de direito fundamental ou de programa político (como ocorre com os direitos difusos fundamentais) será sempre feita em detrimento de outros.

Essa conflituosidade é reconhecidamente ínsita à natureza dos princípios (mandados de otimização). Por isso, a proporcionalidade em sentido estrito é vista como a medida do justo grau de intervenção que a concretização de um princípio implica para outro. Essa graduação é triádica: leve, média e grave.

Em um caso concreto, deve-se ponderar entre o grau de prejuízo do princípio que sofre intervenção e o grau de concretização do princípio satisfeito com essa intervenção. Assim, por exemplo, a obrigação dos fabricantes de cigarro informarem os perigos à saúde nos maços – prejuízo da liberdade de atividade – concretiza um programa político de proteção da saúde pública – benefício da saúde. A valoração da saúde que adjetiva o interesse jurídico na concretização do programa justifica a intervenção na liberdade de atividade econômica, que não chega a inviabilizar essa atividade.

Como se vê, há um segundo grau de refinamento da análise da proporcionalidade, que enseja um *modelo triádico duplo*: a satisfação do princípio/programa pode ser leve-média-grave e a intervenção no princípio atingido para essa satisfação pode também ser leve-média-grave, implicando nove graus. Quanto maior o refinamento, menor o espaço de ação do legislador/administrador/julgador. A desigualdade de intensidades entre grau de intervenção de um princípio e de satisfação do outro (eliminar um princípio para satisfazer em pouca medida outro ou para satisfazer um de valoração desfavorável) conduz à possibilidade de uma decisão jurídica em favor de um dos princípios. Apenas em caso de empate na ponderação há um espaço insuscetível de controle jurídico.⁴⁵³

⁴⁵² - Idem, pp. 112-115.

⁴⁵³ - Nesse sentido, PAULO GILBERTO COGO LEIVAS, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, op. cit., p. 51.

A partir da formação de precedentes constitucionais na ponderação, poder-se-ia falar na criação de normas convencionais que permitem parâmetros de decidibilidade para o caso concreto. Vale dizer, não há precedência absoluta de um princípio sobre o outro, mas sim uma precedência condicionada, conforme a ponderação no caso concreto. O resultado dessa ponderação casuística pode conduzir à associação de uma regra de colisão a determinados princípios e, em especial, dos direitos fundamentais.

Assim, por exemplo, não se pode dizer, em abstrato, que o direito metaindividual à saúde é mais importante que o direito de liberdade. Contudo, pode-se afirmar que o direito à saúde prevalece sobre o direito de liberdade para justificar uma intervenção leve na exploração da atividade econômica, criando uma norma de direito fundamental associada com natureza de regra (aplica ou não aplica).⁴⁵⁴

Faz-se necessário ainda falar na existência de uma ordem branda de valores (e não rígida) a implicar uma preferência *prima facie* por determinados princípios em relação a outros. Essa preferência pode se concretizar pela *carga de argumentação* em favor de determinados valores associados a princípios, como a dignidade, ou grupos de pessoas e interesses, como a proteção da criança e do meio-ambiente, ou não. Essa ordem branda decorre também da mutabilidade das regras para decidibilidade concreta em favor de um princípio sempre que presentes determinadas circunstâncias.⁴⁵⁵ Como resultado da ponderação de princípios nos precedentes jurisprudenciais, são estabelecidas regras cujo *tipo normativo* consiste no estabelecimento das condições de precedência de princípios em relação a outros, associando-se às normas de direito fundamental.⁴⁵⁶

Esse modelo facilita tratar os direitos difusos como direitos fundamentais, ou seja, mandamentos otimização de imperatividade *prima facie*, mesmo diante da sua conflituosidade inerente, o que conduz a teoria desses direitos a uma teoria da restringibilidade/colisão: “*Ou o direito fundamental é garantido desde o início já com seu conteúdo, caso em que restrições não seriam admitidas ou seriam despiciendas, ou seriam restrições deste direito admitidas e, assim, o seu conteúdo definitivo seria determinado por meio delas*”.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ - ROBERT ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, op. cit. pp. 97-98.

⁴⁵⁵ - *Idem*, p. 157.

⁴⁵⁶ - *Idem*, p. 117.

⁴⁵⁷ - PAULO GILBERTO COGO LEIVAS, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, op. cit., p. 59.

Delimitar o conteúdo e as conseqüências de um direito fundamental implica investigar suas restrições. Pode-se dizer que uma teoria dos direitos fundamentais deve ser complementada por uma teoria das restrições. As restrições podem ser pensadas como limites imanentes (teoria interna) não se admitindo portanto uma restrição externa a esses direitos, ou podem ser pensadas como advindas de outras normas (teoria externa).⁴⁵⁸

A perspectiva da teoria interna é adequada à noção da conflituosidade interna dos direitos difusos. Assim como todos participam dos direitos difusos, todos são – ao mesmo tempo – titulares *a priori* dos direitos fundamentais. O conteúdo de um direito difuso, assim como dos direitos fundamentais *prima facie*, só é perceptível no caso concreto, como resultado do conflito ou das colisões internas. De qualquer modo, quer se adote uma teoria interna ou externa, forma-se um *tipo normativo* dos direitos fundamentais, adequado à sua conflituosidade, cujo âmbito de proteção corresponde àquilo que deve ser concedido *prima facie* pelas normas de direito fundamental.⁴⁵⁹

Considerando-se a natureza principiológica das normas instituidoras de direitos fundamentais difusos (portanto mandamentos de otimização), elas podem, seguindo o modelo de ALEXY, ser abordadas como direitos *prima facie* e, em um segundo momento, como direitos definitivos. Assim, “*focalizando os direitos a ações positivas como princípios, ou seja, como obrigações a serem otimizadas dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, eles exigem prima facie o cumprimento de todas as ações que favorecem a sua realização*”.⁴⁶⁰

Contudo, a realização de todas as ações que favorecem a sua realização esbarra na restrição do fático e juridicamente possível, inerente à natureza do princípio. Essa contradição pode ser superada, como observa LEIVAS, pela diferença entre ponderação e ação.

⁴⁵⁸ - ROBERT ALEXY, **Teoria de los derechos fundamentales**, op. cit. p. 269. De outro lado, caso se adotande uma teoria externa, LEIVAS explica que “*Segundo a teoria externa, em um primeiro momento, indaga-se se uma determinada ação ou omissão é conteúdo de um direito prima facie. Reconhecido o direito prima facie, procede-se a uma busca de eventuais restrições a este direito com base em eventuais normas restritivas. Estas normas restritivas tanto podem ter a característica de princípios como de regras. No caso de existirem normas restritivas, procede-se, então, ao exame de sua proporcionalidade. Caso essas normas restritivas não sejam proporcionais, então se reconhece um direito definitivo*”. PAULO GILBERTO COGO LEIVAS, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, op. cit., pp. 62-63.

⁴⁵⁹ - ROBERT ALEXY, **Teoria de los derechos fundamentales**, op. cit. p. 292.

⁴⁶⁰ - PAULO GILBERTO COGO LEIVAS, **Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais**, op. cit., p. 74.

No nível da *ponderação* existe *prima facie* o direito a que todas as ações para o atendimento de um objetivo garantido pela norma sejam consideradas. No nível da *ação* será aplicado o resultado da ponderação, segundo o qual: ou nenhuma ação será ordenada definitivamente ou uma ação adequada será ordenada definitivamente, fazendo surgir um mandado de ação definitiva. Essa passagem de um direito *prima facie* a um mandado definitivo se dá por meio da aplicação do preceito da proporcionalidade.⁴⁶¹

A proporcionalidade, nesse caso, enquanto resultado do juízo que conecta valoração, ponderação e ação, redundando na proibição do excesso e da não-suficiência, ou seja, eleição do meio adequado para atingir o objetivo, necessário, no sentido de que seja o menos colidente com outros princípios, e que afaste esses outros princípios apenas na exata medida da relevância da sua satisfação – sem, contudo, deixar de satisfazer.⁴⁶²

Na aplicação da proporcionalidade para averiguar a atuação positiva do Estado, podem surgir três possibilidades: **(a)** não é exigível qualquer meio em particular para atingir aquele fim; **(b)** somente um meio o satisfaz os requisitos da proporcionalidade ou; **(c)** vários meios satisfazem os requisitos. Se nos dois primeiros casos há um mandamento definitivo, no terceiro ou o Estado tem livre escolha para eleger o meio, ou há de se aplicar outros métodos de aferição da escolha adequada.⁴⁶³ Esses outros métodos consistem em uma ponderação de segundo nível, ou seja, re-aplicação da proporcionalidade visando a maximizar a assistência a ser prestada pelo Estado.

Ou seja, o preceito da proporcionalidade redundando em dois métodos convergentes: proibição do excesso e proibição da insuficiência.⁴⁶⁴ A proibição do excesso (*Übermassverbot*) permite analisar a proporcionalidade de uma intervenção estatal a partir da adequação meio/fins. A proibição da insuficiência (*Untermassverbot*) seria um paralelo da proibição do excesso, e permitiria averiguar a partir de qual momento uma omissão estatal (legislativa ou de programa político) seria inconstitucional.⁴⁶⁵

⁴⁶¹ - Idem, p. 75.

⁴⁶² - Por isso, diz LEIVAS: “A proibição da não-suficiência exige que o legislador [e também o administrador], se está obrigado a uma ação, não deixe de alcançar limites mínimos. O Estado, portanto, é limitado de um lado, por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição de não-suficiência”. Idem, p. 76.

⁴⁶³ - Idem, pp. 76-79.

⁴⁶⁴ - DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, op. cit. pp. 128-131.

⁴⁶⁵ - Idem, p. 128-129. Inclusive referência às expressões alemãs. Segundo os autores “O legislador estaria no aperto (‘in der Klemme’) entre os parâmetros da proibição de excesso e de insuficiência. Correspondentemente, as demais discricionariedades específicas da Administração e do Judiciário também restariam reduzidas”. Idem, ibidem.

Esse critério, aqui sintetizado, apresenta alguns problemas quando se trata dos direitos fundamentais difusos, ou do aferimento do dever de tutela. A justificação dos direitos difusos fundamentais (oponíveis ao Estado) pode ser pensada, a partir de JELLINEK, como: **(a)** evitar que ações do Estado violem bens e interesses difusos e; **(b)** evitar que o Estado, por se omitir nos seus deveres, acabe por permitir a violação de um bem difuso por um terceiro ou a não-satisfação de um interesse difuso fundamental.

O critério da proporcionalidade pode ser de auxílio quando se trata de avaliar a legitimidade da ação estatal em face dos direitos difusos fundamentais. Contudo, quando se trata de aferir a suficiência do cumprimento do dever de tutela estatal a situação é mais complexa. Não bastará medir a proporcionalidade *da intervenção* do Estado na satisfação de um direito difuso, ou seja, a medida de restrição da liberdade atingida com a intervenção, mas também a suficiência da intervenção para que observe o direito de igualdade das intervenções preteridas e de terceiros atingidos com o impacto horizontal da tutela.⁴⁶⁶

Trata-se do problema de compensar as próprias compensações. Pense-se na implementação de quotas para minorias nas universidades públicas, contra a vontade de membros daquela minoria e atingindo o direito à igualdade de tratamento de outras minorias não beneficiadas. Ou então na proibição da cobrança de consumação mínima em casas noturnas, interferindo na liberdade do fornecedor não apenas contra o seu próprio interesse, mas também contra o interesse do consumidor que usufrui a consumação mínima. É o caso limítrofe também da proibição de publicidade abusiva a justificar a vedação da publicidade de produtos e serviços voltados ao público homossexual, violando interesses de parcela daqueles *protegidos* pelo interesse difuso e gerando discriminação.

Ao passo em que a idéia da proibição do excesso da intervenção traça uma linha divisória que permite proteger direitos fundamentais em face da atuação do Estado, o mesmo não ocorre com o conceito da proibição de insuficiência.

⁴⁶⁶- DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS observam que “Normalmente, o Estado estará em tese legitimado para intervir na liberdade ou tratar desigualmente quando estiver presente a concretização de um limite constitucional ao direito fundamental atingido e a concretização desse restar justificada com base no critério da proporcionalidade. Mas de o propósito da intervenção for o cumprimento de um dever estatal de tutela, a situação torna-se muito mais complexa porque o parâmetro para a aferição da constitucionalidade da medida estatal escolhida é duplo e não somente a liberdade atingida. Acresce-se a esta liberdade ou o direito de igualdade que necessita de proteção ativa do Estado contra agressões provenientes de particulares que ocorrem, em regra, no exercício de um de suas liberdades de status *negativus*”, **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, op. cit. pp. 128-129.

Além do mais, a suficiência não comporta graus. Qual o grau suficiente da promoção da defesa do consumidor e em qual grau há excesso de interferência? O art. 10, §1º da lei n. 9.795/99 (“a educação ambiental não deve ser implantada como disciplina específica no currículo de ensino”) é apto a cumprir *com suficiência* o comando do art. 225, § 1º, VI da Constituição Federal (obrigação do Poder Público promover a educação ambiental), ou seria, *por insuficiência*, inconstitucional? O art. 10, V da lei n. 9.656/98, que exclui do rol de coberturas obrigatórias em seguro-saúde privado o fornecimento de medicamentos importados, cumpre com suficiência o comando do art. 5º, XXXII (Estado promoverá defesa do consumidor) c/c 196 (garantirá direito à saúde mediante políticas públicas) e 197 (o que envolve regulação e controle dos serviços e ações privados de saúde) da Constituição Federal? Ou seja, praticada a intervenção, quando ela será considerada suficiente e quando será considerada excessiva?

Como observam DIMOULIS e MARTINS, apesar da proibição da insuficiência visar a maximizar a intensidade da intervenção:

a intensidade não tem limites superiores e, ainda que depois se aplique o critério da necessidade em face da liberdade conflitante ao cumprimento do dever estatal, não é racionalmente comprovável o porquê de ser justamente a escolha do legislador a suficiente. Falta o *ceteris paribus* na comparação entre aplicação do critério da necessidade e a proibição de insuficiência. Se o legislador tem diversas formas de cumprir o dever estatal de tutela e não se tem como delimitar a intensidade necessária ao seu cumprimento, isso só pode significar que faz parte de sua discricionariedade legislativa definir de qual meio se valerá para cumprir o seu dever de tutela. A única coisa que se pode racionalmente exigir e justificar é um exame de adequação mais apurado por parte do legislador, diminuindo um pouco sua discricionariedade e aumentando a possibilidade de controle. Mas isso não reabilita a infeliz figura do *Untermassverbot* (proibição de insuficiência).⁴⁶⁷

Desse modo, a teoria da proporcionalidade pode ser resumida a uma racionalidade do método decisional, um processo de decisão que tem, sucessivamente, “*natureza classificatória (adequação), eliminatória (necessidade) e axiológica (proporcionalidade em sentido estrito), caracterizado por um afunilamento progressivo que não deixa de ter sua lógica*”.⁴⁶⁸

O problema, contudo, está na exigência de que o meio necessário seja também proporcional em sentido estrito, pois não há qualquer referência para se saber o que seja estritamente proporcional (ou suficientemente suficiente).⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ - Idem, pp. 130-131.

⁴⁶⁸ - Idem, p. 183.

⁴⁶⁹ - Idem, ibidem.

Essa abertura incondicionada permite que qualquer decisão ou proposta dogmática seja tida por proporcional, o que, segundo DIMOULIS e MARTINS parece ser a razão do grande sucesso acadêmico e forense da fórmula da proporcionalidade. Trata-se de “*uma forma de resposta a problemas concretos e conflitos envolvendo direitos fundamentais que apresenta a vantagem de ser particularmente aberta a concretizações nacionais, sem deixar de ser racional*”.⁴⁷⁰ Esse seu caráter, aberto e principiológico, garante sua alta adaptabilidade. Justificações e resultados absolutamente antagônicos nos caso envolvendo conflito de direitos fundamentais podem ser formulados por meio da proporcionalidade.

Na literatura jurídica brasileira, tanto constitucional como dos interesses difusos, essa teoria foi recepcionada do modo mais amplo possível, se aproximando de uma reformulação do método de interpretação teleológico-objetivo, em que se investiga – e fundamenta – a adequação de uma decisão tendo por base a adequação à luz da finalidade pensada pelo legislador e a adequação do meio.⁴⁷¹

Da forma como recepcionada a teoria da proporcionalidade, como mera metodologia procedimental para uma decisão, se limitando “*a exigir a aplicação da idéia de justiça ao caso concreto por meio da ponderação de bens ou valores jurídicos*”, sua função passa a ser meramente retórica. Adjetivando-se uma decisão, do legislador, julgador ou administrador de proporcional (necessária, adequada e suficiente) cria-se um lugar-comum.⁴⁷²

⁴⁷⁰ - Idem, p. 178.

⁴⁷¹ - Como observam DIMOULIS e MARTINS, comentando a obra de ANTONIO SCARANCA FERNANDES, **Processo penal** constitucional, São Paulo: RT, 2003, p. 53: “*a imprecisão torna-se evidente na definição usual encontrada na doutrina brasileira, segundo a qual a proporcionalidade seria um princípio constitucional não positivado que proibiria o exercício de um poder de política arbitrário. O rigor da medida estatal dar-se-ia na proporção razoável do direito individual atingido (...) não há um aspecto material da proporcionalidade que represente uma justificação teleológica, da qual decorreria uma ‘limitação a um direito individual (...) com o objetivo de efetivar valores relevantes do sistema constitucional’ Esta tese subverte o sentido do controle de proporcionalidade, na medida em que pode ser apta a ampliar a margem de ação da medida estatal limitadora ou restritiva do direito individual.*” Idem, pp. 186-188.

⁴⁷² - Cfr. DIMOULIS e MARTINS, “*Isso certamente ocorre quando se adota uma definição extremamente ampla da ponderação enquanto ‘técnica jurídica de solução de conflitos normativos que envolvem valores ou opções políticas em tensão, insuperáveis pelas formas hermenêuticas tradicionais’.* Nesse âmbito, a ponderação é apresentada como método ao qual se recorre, quando não for possível decidir mediante subsunção de determinados fatos a normas (...) Quando não se leva em consideração a inafastabilidade da subsunção e se acredita nas virtudes da ponderação, comum e metaforicamente apresentada pela imagem da balança, na qual se pode misturar variados pesos e medidas, permitindo obter uma resposta concreta que não resulta necessariamente das normas vigentes, ocorre a referida capitulação da dogmática jurídica, mais especificamente da dogmática geral dos direitos fundamentais.” pp. 189-190.

A decisão justificada como proporcional tem potencial para gerar consenso, mas não garante qualquer previsibilidade ou segurança acerca dos bens e interesses que pretendia proteger. “Nesse âmbito, a argumentação perde sua natureza jurídica e a aplicação do direito se realiza mediante subterfúgios. Transforma-se em discussão política ou moral realizada por órgãos que não são legitimados constitucionalmente para tanto (...) a atual recepção imprecisa da proporcionalidade tem como resultado sua aplicação jurisdicional de forma pouco satisfatória, isto é, sua utilização como instrumento de retórica legitimadora e não como ferramenta realmente decisória”.⁴⁷³

Como se vê da crítica dos autores, à qual se adere no sentido aqui exposto, não obstante a profundidade e o refinamento da teoria da proporcionalidade, ela redonda em um retorno à discricionariedade judicial.

Consciente da impossibilidade de se encontrar valores últimos *a priori*, a proporcionalidade proceduraliza a legitimação material, formulando uma metodologia da decisão judicial, mas não indicando quais são os interesses que merecem ser protegidos como direitos fundamentais. Enquanto crítica, a teoria da proporcionalidade se mostra, no máximo, como um modo de *descrever* o problema da conflituosidade, mas não oferece parâmetros para solução.

Vale dizer é fórmula dogmaticamente útil, mas que deve considerar os limites da sua própria racionalidade, ou seja, sua limitação para legitimar *a priori* soluções de casos conflituosos e seu pequeno potencial explicativo dessa conflituosidade.⁴⁷⁴

⁴⁷³ - Idem, *ibidem*.

⁴⁷⁴ - Concluem DIMOULIS e MARTINS que “O exame de proporcionalidade e a hermenêutica constitucional em geral devem respeitar suas próprias limitações, evitando intervir no campo do poder discricionário do legislador. O Poder Judiciário não é um legislador que decide politicamente em instância recursal. Ele só pode modificar a decisão legislativa se houver um argumento racional, o qual permita fundamentar a incompatibilidade entre a lei e a Constituição. A proporcionalidade *stricto sensu* é uma construção irracional, dada a impossibilidade jurídica de se quantificar e comparar os direitos fundamentais, decidindo qual possui maior peso no caso concreto. Como acreditar que um juiz possa comparar de forma confiável a valia de um direito e a desvalia do outro ou que tenha a capacidade de avaliar se um direito possui peso suficiente? Nem a doutrina nem o Poder Judiciário são detentores de uma balança de precisão que permitiria medir e ponderar direitos. Persistir em tal crença, como faz parte da doutrina, aplaudida pelas autoridades da justiça constitucional, que vêem na proporcionalidade *stricto sensu* um meio para ampliar seus poderes de criação do direito, prejudica a credibilidade da dogmática jurídica e a estrutura do Estado constitucional. Em conclusão, a proporcionalidade em sentido estrito (ou teste de exigibilidade) deve ser rejeitada como elemento do exame da proporcionalidade, já que, a despeito da opinião dominante tanto no Brasil quanto na Alemanha e em outros países, tem dado azo à usurpação da competência de decisão política própria dos órgãos do Poder Legislativo por órgãos do Poder Jurisdicional.” **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**, op. cit. pp. 229-230.

A teoria dos interesses difusos se satisfaz amplamente com o preceito da proporcionalidade como solução legitimadora da jurisdicionalização das questões políticas, típicas na visão de MANCUSO da *Jurisdição Coletiva*, envolvendo a concretização dos interesses difusos (direitos fundamentais). Com ela, estariam embasados critérios de decidibilidade para se demandar do Estado a concretização de políticas públicas. Com ela também estariam delineados juridicamente os critérios para revisar o mérito da discricionariedade administrativa na concretização ou não desses interesses. Com ela se legitima a jurisdicionalização da política e se aplaude a politização do judiciário.⁴⁷⁵

Contudo, trata-se de uma legitimação procedimental que valida um método de decisão, e não seu conteúdo. Aliado à semântica teórica do Acesso à Justiça, o risco dessa legitimação é transferindo para o sistema jurídico. Concorde-se com DIMOULIS e MARTINS quando afirmam que a proporcionalidade em sentido estrito, em especial do modo como recebida na doutrina nacional, conduz à jurisdicionalização da política/politização do judiciário. Isso demonstra bem a conexão dessa teoria com a universalidade e instrumentalidade da jurisdição inerente à semântica do Acesso à Justiça. Mais do que isso, serve de instância legitimadora das suas conseqüências no que se refere à hipertrofia do sistema jurídico sobre o sistema político.

Discorda-se contudo que o problema decorrente dessa situação esteja na usurpação de competências ou na quebra da tripartição de funções. A teoria constitucional lida muito bem com essa questão, defendendo que a tutela da pessoa humana é a finalidade última do Estado, de modo que não faria sentido prejudicar essa tutela em nome de um dogma estrutural que pode ser flexibilizado. Ainda, encarada a competência como mera questão de formalidade, a crítica à proporcionalidade como racionalidade jurídica fica restrita a determinados ordenamentos jurídicos que adotem uma tal distinção de funções.

Dito de outro modo, nessa visão, a atribuição constitucional de competência ao Poder Judiciário para criar o direito para o caso concreto, ou para um caso difuso, com eficácia *erga omnes*, por meio da escolha de alternativas fundada no princípio da proporcionalidade (como parece propor a *Jurisdição Coletiva*), resolveria a questão.

⁴⁷⁵- Nesse sentido RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas**, op. cit. V. também SÉRGIO CRUZ ARENHART. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário in Processo Civil Coletivo** (Coord. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

De outro lado, a crítica ao déficit democrático, no sentido de que os julgadores não são eleitos para fazer escolhas políticas valorativas, inverte a unilateralidade da observação do sistema jurídico (legitimação pela normatividade da proporcionalidade) para o político (legitimação pela consensualidade). Na verdade, tratar-se-ia de transferir o problema da legitimidade do juiz para o problema da legitimidade do próprio critério eleitoral como meio de legitimação democrática para as escolhas políticas.

Além disso, a teoria dos interesses difusos tende a responder essa crítica suscitando a legitimação processual dos corpos intermediários da sociedade (Ministério Público, Associações, Sindicatos, etc.), prevista na lei promulgada pelos representantes eleitos pelo povo, como legitimadora do processo coletivo e da ação civil pública como instância democrática e instrumento político.⁴⁷⁶

Não se pode perder de vista que tanto os processos políticos quanto os processos jurisdicionais produzem decisões que visam a vincular, individual ou coletivamente, o agir social ou a expectativa sobre a suas possibilidades. Em aberto se essas decisões se legitimam pelo seu conteúdo ou pelo seu procedimento, procedimentos diversos propiciam (mantêm a potencialidade) decisões diversas.

⁴⁷⁶- Para uma visão positiva da politização do judiciário nas demandas coletivas, amplamente fundamentada, v. CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, **A implementação dos Direitos Fundamentais e o Paradigma Constitucional: as Novas Concepções e os Desafios aos Operadores do Direito; A efetividade da Proteção do Meio Ambiente e a Participação do Judiciário e Ação Civil Pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade**, artigos reunidos em **Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos**, op. cit.. Também as já citadas obras de RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO. **A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas**, op. cit. e SÉRGIO CRUZ ARENHART. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário**, op. cit. Para uma perspectiva da função politizada do Poder Judiciário diante do Paradigma do Direito Social v. JOSÉ EDUARDO FARIA, et. al. **Direitos humanos, direitos sociais e justiça**, 1^a. ed. 4^a. tir., São Paulo: Malheiros, 2005; **Direito e Justiça – A função social do Judiciário**, 3^a. ed., São Paulo: Ática, 1997; **Justiça e Conflito**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992 e RENATO NALINI, **A Rebelião da Toga**, Campinas: Millennium, 2006; Por todos, a conclusão de RONALDO PORTO MACEDO “*A tutela dos interesses coletivos está impregnada pela natureza polêmica e contraditória do direito social. A ação civil pública, enquanto mecanismo privilegiado da tutela de interesses coletivos, não é apenas uma forma mais racional ou adequada à sociedade de massa, mas também um instrumento pelo qual, em especial ONG’s e o Ministério Público estão ampliando os foros do debate público sobre Justiça Social, em partocular nas políticas públicas, o meio por excelência de sua realização. Isto significa que a ação civil pública se tornou um instrumento de política e de influência na gestão de políticas públicas e que, em grande medida, o meio de sua operacionalização se realiza e vivifica por meio de regras de julgamento fundadas em princípios gerais do direito. Significa também que ela se torna um instrumento de luta política, informada e formadora da opinião pública, e não apenas da implementação de direitos patrimoniais?* **Ação Civil Pública, o Direito Social e os Princípios**, in **A Ação Civil Pública – após 20 anos: efetividade e desafios**, (coord. Édís Milaré) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 565.

O procedimento jurisdicional é marcado, em maior ou menor grau, pelo princípio dispositivo, pela obrigação de decidir e pela qualidade da coisa julgada. O procedimento político é marcado pela ampla discricionariedade, pela iniciativa, pela periodicidade dos representantes e pela constante mutabilidade das decisões.⁴⁷⁷

O órgão ou a instituição à qual formalmente se atribui a competência para o procedimento e para proferir a decisão expectada importa menos. O problema é saber acerca da adequação de cada procedimento – seja lá em que esfera ele ocorra – diante das expectativas projetadas sobre a decisão vindoura.

O problema, insiste-se, não é de competência, mas de adequação funcional entre procedimento e expectativa quanto à decisão. Decisões acerca de interesses em máxima conflituosidade, como é o caso dos interesses difusos e de determinadas colisões entre direitos fundamentais, dependem de uma *ponderação de valores, valoração de interesses e proporcionalidade da ação resultante*. Em outros termos é uma decisão cuja predisposição para aceitá-la é altamente dependente da sua capacidade de gerar e agregar consenso. Ela deve poder ser modificada com facilidade para acompanhar expectativas altamente instáveis. Não é o caso da decisão jurisdicional.

A teoria jurídica deveria então buscar, enquanto instância teórica para reflexão da dogmática, compreender essas diferenças funcionais entre os procedimentos político e jurídico à luz da decisão que se pretende e do que se pretende com a decisão.

Por fim, cabe apontar em conclusão, no próximo capítulo, o que parece ser o problema subjacente às dificuldades da teoria constitucional, e da teoria dos interesses difusos como um todo, em lidar com a proporcionalidade como um critério para sustentar as decisões judiciais orientadas por critérios políticos.

A partir de alguns apontamentos de LUHMANN, que podem ser colocados sem necessidade do detalhamento da sua teoria dos sistemas, percebe-se que a teoria dos direitos fundamentais e da proporcionalidade demanda uma teoria dos valores (*ponderação de valores para valoração de interesses*) de improvável adequação sociológica e filosófica na sociedade complexa.

⁴⁷⁷- Novamente, para uma análise profunda dessas diferenças à luz da Teoria dos Sistemas v. CAMPILONGO, **Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial**, op. cit.

III.4.4. – Síntese conclusiva: Direitos Difusos Fundamentais, valores e política.

Para LUHMANN, o problema das diferentes dogmáticas dos direitos fundamentais é que elas são construídas na forma de *exigências* (de direitos fundamentais). De um modo geral, o conceito de direito fundamental acaba sendo formado como um direito subjetivo atribuído ao indivíduo *contra* o Estado. Com isso, construção de seu conteúdo é limitada a partir das hipóteses de conflito entre Estado e indivíduo.⁴⁷⁸

Nesse cenário, o conteúdo dos direitos fundamentais acaba sendo extraído a partir do material que a dogmática tem por base para apresentar parâmetros de decidibilidade para os casos de conflito entre Estado e indivíduo, que são... os próprios casos de conflito. Vale dizer, cria-se uma realidade auto-produzida com a qual “*a situação processual é projetada na ordem social, a fim de que da ordem social se extraiam pontos de vista úteis para a decisão*”.⁴⁷⁹

Na busca pelo conteúdo dos direitos fundamentais a partir das hipóteses de conflito entre Estado e indivíduo, exige-se a tutela de uma esfera dos indivíduos, de coletividades, ou de toda a coletividade, uma abstração excessiva que acaba por incluir tanto a liberdade como a igualdade, abrindo mão de todos possíveis limites internos, para dar conta de um universo absolutamente heterogêneo de interesses.

A esfera individual que se busca proteger abstratamente contra o Estado é reduzida a uma hipótese que, conforme o caso, pode ser afastada (quando autorizada ou dispensada a intervenção estatal). Como aponta LUHMANN, tamanha é abstração do que seja a esfera de subjetividades a ser respeitada, que direitos de liberdade (abstenção do Estado) se aproximam dos de igualdade (prestação do Estado).

⁴⁷⁸- NIKLAS LUHMANN, **I Diritti Fondamentali come Istituzione**, op. cit. pp. 295-315. Como explica o autor, “*Uma vez que o direito fundamental exista e seja válido na medida prevista, o cidadão é titular do direito e o Estado é correspondentemente obrigado; além desses limites, o Estado pode agir livremente e o cidadão deve aceitar as consequências desse agir. Com a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais, com a interpretação do seu significado é tida por tomada uma decisão sobre um conflito atual ou potencial entre Estado e cidadão*”. Idem, p. 301.

⁴⁷⁹- Idem, p. 302. E como explica o autor “*A forma da exigência, e a decorrente orientação do desenvolvimento do direito dependente das hipóteses de conflito e, não menos importante, o fato que faltavam outros ideais fundamentantes, polarizaram os conceitos fundamentais e as idéias-guia da dogmática no sentido de um contínuo contraste entre Estado e cidadão. A gravidade desta polarização não é a assunção de uma contraposição de interesses, que não pode ser negada (...). A distorção da realidade consiste, na verdade, em assumir a existência de apenas duas esferas contrapostas de interesse que são, de vez em vez, representadas como do autor ou do réu*”. Idem, ibidem.

Entre direitos de liberdade e de igualdade há apenas sutis diferenças quanto à necessidade de motivar o agir do Estado, com forte na necessidade de que essa motivação se dê no ordenamento jurídico.⁴⁸⁰

O elevado nível de abstração dos direitos fundamentais, necessário para dar conta da heterogeneidade inerente a esses direitos, e a sua configuração dogmática construída sobre as hipóteses de conflito, com destaque para os direitos difusos fundamentais, tendem a esvaziar a substancialidade desses direitos enquanto programas decisoriais. Eles passam a servir como critérios processuais para a decisão.⁴⁸¹ Transformada a teoria dos direitos fundamentais em uma teoria da decisão, surge como problema os critérios de escolha e a possibilidade de se motivar o agir do Estado em prol de um ou de outro interesse.⁴⁸²

Na proposta de LUHMANN, a dogmática jurídica pode se beneficiar das investigações da sociologia jurídica na medida em que possa deixar de pensar os direitos fundamentais a partir das hipóteses de conflito, para pensá-los como instituições que auxiliam na definição dos limites do sistema político.⁴⁸³

⁴⁸⁰ - Como explica o autor, o direito de liberdade “*perde cada limite interno, porque deve acolher em si e cobrir elementos muito heterogêneos. Se reduz a uma hipótese que, por motivos especiais, pode ser afastada. O direito de liberdade se aproxima de modo surpreendente da idéia de igualdade e quase parece assim que, com esta reconciliação entre liberdade e igualdade, deixamos o século XIX definitivamente para trás. Entre ambos os direitos denotam-se apenas contornos levemente diferentes da necessidade de motivar o agir do Estado, com ênfase principalmente na necessidade de consistência dos motivos no âmbito do ordenamento jurídico vigente*”. Idem, p. 302.

⁴⁸¹ - Segundo LUHMANN “*Por trás da imutável fachada terminológica da ideologia liberal se dá uma transformação da função dos dois principais direitos fundamentais [liberdade e igualdade]: esses perdem a sua função substancial para adquirir uma processual. Não funcionam mais como critério decisional, mas dão apoio aos recursos constitucionais: servem-se a motivar o recurso ao controle de constitucionalidade da lei. O direito de liberdade do cidadão se converte, assim, em um direito de liberdade do juiz*”. Idem, p. 302.

⁴⁸² - A questão posta é “*Como decidir, de outro lado, qual a relevância que deve ter a proteção da dignidade e da liberdade nas condições gerais da ordem social moderna? (...) Acima de tudo, como motivar de outro modo as instâncias decisoriais do Estado a respeitarem no próprio interesse os direitos fundamentais, se esses se apresentam como limites jurídicos impostos extenamente ao agir do Estado, dentre os quais se inclui o pronunciamento jurisdicional, e não se evidencia que esses direitos são instituições funcionais para a manutenção da diferenciação social e, assim, também do sistema político*”. Idem, p. 303.

⁴⁸³ - Para LUHMANN, na dogmática jurídica o conceito de instituição indica uma espécie de contato com a realidade social, permanecendo vago e indeterminado. Em tese, assim como os institutos jurídicos, esse conceito parece indicar um complexo normativo que se propõe a determinar a exigência de consistência que dispensa a realidade social, fazendo com que a norma seja válida a despeito do consenso social. Contudo, em termos sociológicos, as instituições legitimam a *suposição de consenso* por meio de sua ampliação, oferecendo assim um fundamento para o agir, de modo que quem se posiciona em sentido contrário a uma instituição se encontra com o ônus de se justificar. Nesse contexto “*Do ponto de vista da sociologia os direitos fundamentais aparecem como uma instituição. Em sociologia tal conceito não indica simplesmente um complexo de normas, mas um complexo de reais expectativas de comportamento, que são atualizadas no contexto de um papel social e que podem, de todo modo contar com consenso social (...) As instituições são expectativas de comportamento generalizadas nas dimensões temporal, material e social e, enquanto tais, formam a estrutura dos sistemas sociais*”. Idem. pp.44-45.

Nesse sentido, os direitos fundamentais são uma conquista não só do indivíduo em face do Estado, mas também uma conquista do próprio Estado enquanto um sistema decisório diferenciado. Esse sistema decisório, contudo, não pode ficar ao encargo das estruturas decisórias do sistema jurídico (Tribunais), porque implicaria escoar o risco da responsabilidade pelo dimensionamento do sistema político a um sistema que depende fortemente da capacidade de estabilizar expectativas para cumprir sua função.⁴⁸⁴

A dogmática dos direitos fundamentais, com destaque para a que adota a proporcionalidade como critério para resolver a conflituosidade dos interesses difusos, entende que a obtenção desse consenso pode ser garantida por meio da justificação e motivação das decisões nos valores eleitos pelo sistema jurídico. Vale dizer, a proporcionalidade depende das respostas que uma ordem de valores possa proporcionar.

Os próprios direitos fundamentais são interpretados como valores (ponderação de valores – valoração de interesses – proporcionalidade da ação). Busca-se por meio dos valores um fundamento absoluto para o agir político. Os direitos fundamentais – em especial os difusos, que determinam programas políticos – devem orientar a seleção do o agir justo pelo Estado e, portanto, devem funcionar como valores.⁴⁸⁵

O problema é que, na sociedade complexa, diferenciada funcionalmente, os valores não possuem, não podem possuir, o mesmo poder de agregação que outras estruturas sociais, em outras formas de diferenciação social, como a sociedade estratificada, possuíam (a *Polis* para os gregos ou a Cidade de Deus na teologia medieval). A sociedade complexa se auto-irrita (reage às suas próprias manifestações) constantemente e em alta velocidade. Por isso precisa de instâncias que possam conter essa auto-irritação, ou seja, gerar consenso sem se tornar motivo de novas reações. Com a diferenciação dos sistemas funcionais (economia, política, ciências, artes, família, etc.), uma tal instância da comunicação deve ser abstrata o suficiente para não irritar nem ser irritada pela comunicação específica de cada sistema.

⁴⁸⁴ - Por esse motivo, esclarece LUHMANN que “a determinação do texto constitucional necessita sem dúvida de conteúdo e, para esse fim, devem ser tomadas decisões políticas que não deveriam ser subtraídas à responsabilidade política, para serem reinvidadas aos tribunais. Não se trata de um processo de reconhecimento, que por princípio é independente de quem o faça mas da definição dos limites do sistema político”. Idem, pp. 304-305.

⁴⁸⁵ - Idem, p. 310-311. Como explica o autor “É indiscutível que os direitos fundamentais devam guiar a seleção do agir justo, devem portanto fazer as vezes de valores. A questão é, contudo, se esta caracterização não resta muito superficial, quando mesmo esses direitos fundamentais são representados como valores superiores ou últimos, no sentido da impossibilidade de se efetuar deduções ulteriores”. Idem, ibidem.

Em outras palavras, uma representação ética de base religiosa pode se mostrar inadequada (ensejar reação/irritação) em uma ordem política laica. Uma ética de base político-consensual se mostra inadequada (gera reação/irritação) para um sistema econômico que pressupõe a concorrência. Uma ética de base jurídico-normativa se mostra inadequada no âmbito familiar, que pressupõe afetividade.

Após a falha da proposta da internalização da moral como critério da conduta ética, aferível pela confissão,⁴⁸⁶ a construção científica de uma ética universal buscou, por meio de imperativos categóricos formais (KANT), uma tal instância imune à comunicação especializada dos sistemas funcionais, mas o seu distanciamento da realidade mostrou produzir mais insegurança. Em lugar de uma instância axiológica transcendente (como a razão prática) e dos imperativos categóricos, surgem os valores, na forma de preferências. Em abstrato os valores (paz, liberdade, igualdade, saúde, futuras gerações, etc.) são inquestionáveis (*inviolable level*) o que ajuda a criar consenso:

Puesto que con la ética no se puede ganar terreno firme, se trata de atenuar, en el plano de los valores, la inseguridad producida por la constante irritación imposible de coordinar. Los valores compensan la pérdida de realidad, sucedida en el paso hacia el modo de observación de segundo orden. En su lugar, formulan preferencias y desde allí juzgan a la realidad. Precisamente por ser tan sólo preferencias, pueden llegar a ser puntos fijos cuando en la comunicación se logra imponer que no haya oposición. En la comunicación actual pueden reclamarse como *inviolable level* (Hofstadter) y de esa manera superar una vez más la realidad devenida contingente.⁴⁸⁷

Trata-se de uma fórmula comunicativa análoga àquela que a tópica jurídica (VIEHWEG; FERRAZ JR.) identifica como *topoi*, ou *lugar-comum*. Os valores são sempre pressupostos, mitigando a auto-irritação. Eles são utilizados na comunicação como premissas e não como afirmações e, por isso, tendem a não ensejar reações, seja de aceitação, rechaço ou modificações (cláusulas de exceção). Ao não se colocar como questionável, no silêncio sobre o próprio valor o valor convence. Ele ajuda, assim, a gerar consenso para um programa de ação, sem indicar quais são as ações a serem escolhidas.

⁴⁸⁶ - Em outra obra, observa LUHMANN que surgem como problemas para a construção de uma ordem moral-ética “a questão da possibilidade da comunicação ser compreendida, a incomunicabilidade da autenticidade e da sinceridade das próprias intenções, os benefícios decorrentes de desígnios maldosos ou, inversamente, os malefícios decorrentes de intenções benevolentes. Esses problemas levaram a ética a se reconstituir como uma disciplina acadêmica relacionada com o estabelecimento dos fundamentos para julgamentos morais. A ética tentou isso com a ajuda de refinadas construções teóricas (transcendentalismo, utilitarismo, e valores-éticos) que sempre afundaram na sua problemática própria. Apenas no final do nosso século alguém achou a solução de falar de ética sem dizer o que se quer dizer com isso”. **The Code of Moral in Cardozo Law Review**, vol 14, Trad. Jonathan Feldstein, Artur J. Jacobson e Gabriel Motzkin, 1993, pp. 1001-1002.

⁴⁸⁷ - NIKLAS LUHMANN, **La Sociedad de la Sociedad**, op. cit. p.633.

A partir do século XIX, graças a resultados específicos da evolução da sociedade, se passa a conjugar a comunicação de valores com exigências sociais. Com isso os valores passam a re-entrar na comunicação, invertendo o ônus da argumentação (peso da complexidade) para aquele que desejar se posicionar contra os valores.⁴⁸⁸

O problema é que, se de um lado os valores ajudam a agregar consenso para decisões, em especial para as decisões coletivamente vinculantes, como é o caso das decisões políticas, eles ajudam muito pouco, ou nada, a resolver conflitos pois, pela sua própria natureza, não é possível falar em uma hierarquia de valores.

Como explica LUHMANN, “*Los valores no contienen una regla para el caso de conflicto entre valores. No hay – como se ha dicho muchas veces – un orden transitivo o jerárquico de los valores*”, por esse motivo, “*no puede haber valores absolutos que en cada situación impongan su dominio. La abstracción de múltiples valores en la forma de preferencias particulares, solo puede significar que los valores deben comprometerse o diferirse constantemente. Cuanto más valores hay, menos puede conseguirse de ellos acerca de como se debe decidir*”.⁴⁸⁹

Ou seja, é ilusório – pois ignora a forma como opera a sociedade atual – pensar na possibilidade de uma ordem de valores, seja ela rígida ou branda, a orientar a tomada de decisões. O fracasso do projeto de uma ética universal levou à proliferação dos valores e, quanto mais valores há, menos se pode obter deles programas decisórios, isto é, saber como se deve decidir. Um sistema jurídico cuja abertura comporta inúmeros valores, muitos deles antagônicos, não possui verdadeiramente qualquer regra, ou mesmo carga argumentativa consolidada (ALEXY), apta a orientar um procedimento de ponderação de valores/valoração de interesses.

⁴⁸⁸- Idem, ibidem. Como explica o autor “*Esto sucede mediante una técnica de comunicación específica. Los valores en la comunicación quedan presupuestos y se comunican también junto a ella, pero no se exponen a la comunicación. Se activan únicamente como premisas, pero no como afirmaciones. Por eso, la comunicación relacionada con valores no encuentra ninguna razón para reaccionar a una afirmación de valor con aceptación, rechazo o con modificaciones del tipo ‘si/pero’... Por si mismos, los valores son en primera instancia sólo preferências. Solamente a partir del siglo XIX – mediante complejos desplazamientos históricos de sentido – se han intercalado exigencias sociales al concepto de valores. Cuando las mujeres exigen trato igual, se indica a la vez com ello que otros deben reconocerlo, sin que la premisa de la igualdad sea um valor que se ponga a discusión. Se expresa, entonces, más que una preferéncia y, de tal manera, que con la velocidad típica de la comunicación no se vuelve a su vez tema de comunicación. Com ello, el peso de la complejidad recae em quien quiera presentar una objeción ...”.*
Idem, pp. 633-634.

⁴⁸⁹- Idem, pp. 633-634.

A idéia de ponderação-de-valores/valoração-de-interesses/ação-proporcional acaba se mostrando superficial. O conceito de valor acaba indicando um ponto de vista preferencial por determinada consequência da ação e, assim, por determinadas ações e, como tal, é institucionalizado na forma de um dever-ser casuístico.

Isso significa que um valor é considerado justo, mesmo se as consequências positivas da ação de fato não são produzidas (se o agir desilude) ou mesmo se prefere-se um outro agir e outras consequências (e o ator se desilude). Os valores são, portanto, expectativas estabilizadas de modo contrafático e com isto são similares às normas jurídicas, para as quais vale o mesmo modo de ser. Todavia uma tal semelhança não pode afastar uma diferença importante e de amplas consequências. As normas jurídicas implicam uma alternativa clara entre legalidade e ilegalidade. No universo dos valores, ao contrário, não pode ser introduzida uma tal estrutura de alternativa: estaria em contradição com a situação decisional natural e com a sua ordem de valores. Uma regra de preferência é sempre também, pela natureza das coisas, uma regra de renúncia. Quem se orienta por um valor desconsidera os demais. Cada dever exonera ao mesmo tempo de responsabilidade. Se uma tal renúncia não fosse necessária, não haveria necessidade nem mesmo uma orientação ao valor; o agir justo seria compreensível por si.⁴⁹⁰

Assim, a atratividade de valores determinados deve ser vista sempre como relativa ao nível de satisfatividade dos valores em colisão. Isso fica evidente na valoração de interesses materiais. Não se pode formar um interesse exclusivo por se alimentar ou (disjuntivo excludente) se vestir; ter saúde ou ter moradia; ter emprego.

A mesma relação de dependência deve, contudo, ser constatada para os valores imateriais. Não se pode reivindicar ilimitadamente a liberdade ao custo da paz, ou a verdade ao custo da virtude e vice-versa. *“É este no fundo o problema (ainda que expresso em outras palavras), ao qual se refere a determinação da justiça como proporcionalidade – um tal reclamo põe à evidência como a moderna interpretação da justiça como valor não condiz com a grandeza do pensamento aristotélico”*.⁴⁹¹

Uma hierarquia de valores só pode ser praticada relativa a uma situação concreta. Apenas os valores, e não a sua relação hierárquica, podem ser formulados de modo abstrato. Contudo, a abstração dos primeiros sem a dos segundos é, na prática, inútil.

O bem-estar social não pode ser promovido à custa da liberdade, a liberdade não pode ser promovida à custa da educação, a educação à custa do bem-estar social, a família à custa da profissão e a profissão à custa da família, o indivíduo à custa da comunidade e a comunidade à custa do indivíduo.

⁴⁹⁰ - NIKLAS LUHMANN, **I Diritti Fondamentali come Istituzione**, op. cit., p. 312.

⁴⁹¹ - Idem, p. 313.

Assim, LUHMANN conclui que a idéia de moderação, ponderação ou proporcionalidade, como se queira, deixa dogmáticamente a desejar porque depende da ontologia de uma ordem de valores não mais disponível na sociedade complexa:

Como conseqüência da realização dos valores se tornar sempre mais oportunística, o critério aristotélico da justa medida é, por assim dizer, posto em movimento. Parece delinear-se, portanto, uma nova determinação da relação entre ser e tempo. A moderação não pode mais ser concretizada na forma da aplicação de um ideal abstrato, de um princípio rígido, mas apenas a condição de desfrutar as diferenças temporais acerca de uma cuidadosa variação das preferências (...) A dogmática dos direitos fundamentais, mediante a fórmula da ponderação dos interesses e do esquema regra/exceção, sem saber o porquê, deixa as portas abertas a um tal oportunismo de aproximação aos valores. Todavia não se pode compreender o seu sentido quando se limita a avocar valores e não se pergunta que coisa se deve colocar no lugar do critério de justiça.⁴⁹²

Quando o sistema jurídico busca se orientar pela concretização de valores, que é o que ocorre nos casos envolvendo colisão de direitos fundamentais e nos interesses difusos, perde-se a noção de qual seja o critério de justiça – que passa a ser casuístico – e, com isso, a unidade do critério de juridicidade de interesses e direitos.

Se o sistema jurídico deixa de ser capaz de apontar um critério claro para distinguir entre interesses (ou valores) juridicamente protegidos, ou seja, perde o critério de juridicidade, ele se coloca à disposição para ativação dos programas de outros sistemas, em especial o político.

Ao se fundamentalizar na Constituição interesses sem titulares determinados e altamente conflituosos, o sistema político renuncia à possibilidade (e ao risco) de definir seus próprios limites por meio dos procedimentos democráticos, escoando essa tarefa para o procedimento judicial. Como a concretização desses interesses se impõe constitucionalmente, limites como a tripartição de funções ou a proteção das subjetividades individuais, são flexibilizados.

O Estado, por meio da jurisdição e, no caso especial brasileiro, com apoio jurisdicional e político do Supremo Tribunal Federal, fica autorizado a violar e deixar de satisfazer direitos fundamentais individuais, coletivos e difusos em nome da concretização de outros interesses difusos fundamentais, a serem escolhidos pelo Estado-jurisdição. Esse Estado-jurisdição, contudo, é deformado por conta da estrutura dúplice do Supremo Tribunal Federal, que re-insere o político no jurisdicional.

⁴⁹²- Idem, pp. 313-314 e 315.

Busca-se a legitimação dessa atividade na referência aos valores eleitos no texto constitucional, conforme a interpretação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal, mas a teoria dos valores não é capaz de oferecer em si qualquer legitimação. Esvaziados de substantividade, os valores servem de mera retórica para justificar a atuação estatal. O convívio entre uma ordem heterogênea de valores inutiliza-os como referência concreta, de modo que eles servem apenas para indicar o critério da preferência por uma determinada ação no caso concreto, nada mais.

Com isso, a teoria da proporcionalidade esgota as possibilidades teóricas do Paradigma do Direito Social e do marco epistemológico hermenêutico para solucionar o problema da conflituosidade dos interesses difusos e os problemas de legitimação decorrentes dessa conflituosidade. A proporcionalidade se revela como meio de justificar ou impugnar uma ação ou decisão concreta, o que faz com que qualquer interesse (e qualquer ação voltada à sua satisfação) possa, em abstrato, ser justificado.

Isso não deve significar abandono desse instrumental, nem muito menos da sua dogmática. Mas indica que vale a pena buscar alternativas teóricas em outros contextos paradigmáticos, que mostrem mais aptidão a propiciar para o sistema jurídico a constatação de seus próprios limites e de suas relações com o sistema político.

IV. – REFLEXÕES CRÍTICAS CONCLUSIVAS

O estudo aqui realizado teve por finalidade demarcar uma investigação epistemológica acerca das causas e conseqüências da conflituosidade interna dos interesses difusos e suas relações com a jurisdicionalização da política na teoria jurídica.

Uma importante conclusão nessa empresa é a de que, por conta dessa intensa conflituosidade interna, que se revela um conflito de poder de participação em interesses indivisíveis, decisões acerca dos interesses difusos são extremamente arriscadas para o sistema político. Como sempre há internamente conflituosidade e o interesse é indivisível, decidir sobre um interesse difuso implica frustrar expectativas. A frustração de expectativas tende a minar a capacidade de construir uma situação de consenso, o que é arriscado para as estruturas do sistema político.

Assim, por meio da vinculação jurídica da concretização dos programas políticos previstos na Constituição e na legislação em geral – que abusam de conceitos e preceitos abertos e genéricos – o risco da decisão é transferido para o sistema jurídico. Com isso, a profusão política de novos interesses difusos pode se manter como plataforma política disponível para os programas de governo e de oposição.

O sistema jurídico, por sua vez, reaciona a essa irritação por meio de um alargamento de seus filtros seletivos. A flexibilização conceitual no direito material, que desvincula a relação entre direitos e deveres, e a universalização e instrumentalidade da jurisdição, no direito processual, buscam garantir a expansão do sistema jurídico justamente para que ele dê conta das demandas escoadas pelo sistema político, voltadas à estabilização de expectativas, altamente instáveis, como aquelas envolvendo os interesses difusos. Esse alargamento é garantido e construído pela doutrina, vale dizer, pelas instâncias de auto-observação e auto-descrição do direito, por meio das quais o sistema jurídico pode ajudar a provocar sua própria evolução.

Contudo, há graves efeitos colaterais na construção dessa semântica não refletidos pela doutrina. O principal deles parece consistir no fato de que a pretensão de controlar jurisdicionalmente as operações do sistema político implica, na verdade, abrir mão do controle dos critérios de juridicidade para poder passar a decidir de modo mais casuístico (político). O efeito colateral é a perda de autonomia do próprio sistema jurídico.

Com efeito, quando o sistema jurídico deixa de ser capaz de apontar um critério claro para distinguir entre interesses juridicamente protegidos, ele passa a tutelar os interesses que gozem de força política (situação de consenso) junto ao julgador politizado. O sistema especializado em produzir situações de consenso, por outro lado, é o sistema político. Nesse cenário, o sistema jurídico se coloca disponível para ativação dos programas da política, vale dizer, o direito passa a garantir a concretização de interesses e perde a importante função de proteger as pessoas frente à luta dos interesses.

Essa problemática não pode ser menosprezada pelas instâncias teóricas dos interesses difusos, que falam simplesmente em superar dogmas da separação de poderes. Trata-se do alicerce da própria problematização do Estado Moderno, contexto no qual ao longo do séc. XVIII se desenvolvem as teorias da separação de poderes e do princípio da legalidade, em especial por conta do conflito entre liberdade individual e segurança coletiva (a ser propiciada pelo Estado), à base das reflexões teóricas clássicas do direito penal.

A idéia da separação de funções estatais é um critério dogmático que ajuda a manter a autonomia funcional dos sistemas jurídico e político. O princípio da legalidade/tipicidade é outro critério dogmático que busca fazer com que a conflituosidade inerente às escolhas políticas valorativas (em especial quanto às liberdades individuais) seja filtrada – politicamente – na lei. Enquanto critérios dogmáticos eles podem ser substituídos por equivalentes funcionais, ou flexibilizados como se costuma dizer, mas não se pode perder de vista a existência do problema para o qual eles estão voltados.

Contudo, substituir a separação de poderes pela *Jurisdição Coletiva* (politizada) e a tipicidade de direitos pela juridicidade aberta de *interesses equiparados a direitos*, tendo por fundamento a fórmula da proporcionalidade, deixa em aberto os problemas referentes à regulação da ação estatal e aos conflitos de poder político na participação em interesses indivisíveis.

A idéia de um “*Bem Maior*” oponível ao direito considerado como “*um fim em si mesmo*”, fortemente presente nas semânticas dos interesses difusos, conduzindo a flexibilizações dos direitos subjetivos, deve ser evitada. A idéia subjacente é a de que os interesses difusos comportam a tutela de um “*Bem*” “*maior do que*” o Direito, ou seja, do que o próprio Estado de Direito/Governo da Lei. Uma semântica historicamente plena de atrocidades quando esse “*Bem Maior*” vem em figuras como a “*segurança nacional*”.

A migração dessas semânticas para o direito penal, no qual já se começa a observar um direito penal da sociedade de risco, agrava essas preocupações. Também o direito penal, cuja origem se relaciona à proteção dos indivíduos, tende hoje a ser tratado como um interesse difuso à segurança da coletividade, legitimando a atuação estatal na violação de direitos.

O esgotamento das possibilidades desse arcabouço teórico para lidar com os problemas da conflituosidade (ou seja, da legitimação das decisões) dos interesses difusos, resta absolutamente exposto diante da tônica central das suas semânticas mais recentes, voltadas a uma crítica dos juízes.

A semântica do Acesso à Justiça surge em um primeiro momento como uma crítica ao direito, um *direito de resistência* voltado para substituir o direito existente por outro melhor. Ela se volta especialmente contra as estruturas legais da Justiça e a legislação processual. À luz da Constituição de 1988 e da redemocratização, o legislativo – auxiliado por expoentes da ciência do direito – cumpre com a tarefa de criar as estruturas legais necessárias para o exercício da jurisdição universalista e instrumentalista.

Acompanha a construção do arcabouço jurisdicional a proliferação de uma legislação material protetora de interesses difusos. São leis como o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e Adolescente, Lei de Crimes Ambientais, dos Portadores de Necessidades Especiais, dos Investidores Minoritários, do Inquilinato, Estatuto da Cidade, Estatuto do Idoso, enfim, onde há uma necessidade, há um interesse difuso.

Contudo, justamente por conta da conflituosidade inerente a esses interesses, essa legislação abusa de normas principiológicas e conceitos jurídicos indeterminados, ou seja, não filtra, mas re-encaminha a conflituosidade.

Por isso, quando consultadas as expectativas depositadas na capacidade do direito transformar a sociedade encontra-se frustração. O direito do consumidor não é capaz de garantir a disponibilidade de bons produtos e serviços a preços baixos; a prioridade absoluta da proteção à criança não é capaz de reduzir os índices de mortalidade infantil; o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não impede desastres ecológicos; as quotas para deficientes físicos em cargos públicos não reduzem a discriminação; o direito à educação não garante que os alunos aprendam.

A resistência ao direito, antes endereçada ao legislador, passa então a ser endereçada aos juízes. Especula-se então que os juízes, por uma falta de sensibilidade social, ou por uma falta de preparo técnico, não estariam preparados para lidar com o arsenal jurídico disponível nem para compreender a complexidade dos conflitos sociais. O formalismo na formação dos juízes passa a ser então o responsável pelas frustrações no não-atingimento das metas políticas do Estado de Bem-Estar.

Chama-se a toga à rebelião (NALINI, FARIA, YOSHIDA). Os juízes devem se livrar das amarras do racionalismo lógico-formal para fazer uso do criativismo que o sistema legitima e demanda que seja utilizado (CAPPELLETTI). Os juízes devem se sensibilizar para os anseios da sociedade a fim de que possam fazer opções valorativas (políticas) nos casos conflituosos. Para dar conta de jurisdicionalizar a conflituosidade tipicamente política, o Judiciário deve se politizar.

Paradoxalmente, o expoente institucional da fórmula do Judiciário politizado, o Supremo Tribunal Federal, é alvo de críticas justamente por conta da ausência de fundamento jurídico para suas decisões, vale dizer, de uma abertura demasiada a interesses políticos. O direito de resistência ao direito se volta então contra a politização das decisões do Supremo Tribunal Federal.

O Paradigma do Direito Social parece assim destinado a uma redescoberta constante de novas formas de resistir ao direito.

Existe portanto um problema nas correntes teóricas e dogmáticas construídas no Paradigma do Direito Social, sob o marco hermenêutico. Esse problema parece residir justamente na incapacidade de percepção dos limites entre direito e política. O direito resultante dessas teorias jurídicas é um direito sem capacidade de auto-contenção. Por não conseguir se conter, ele perde autonomia, sujeitando-se a outros sistemas.

O presente estudo credita esse problema a um déficit da capacidade reflexiva das instâncias teóricas dos interesses difusos. De um lado, a obstinação pela pureza da teoria jurídica transforma todo o problema dos contatos entre direito e política em um problema normativo. Desconsiderados os aspectos não-normativos da juridicidade o problema do uso político do direito (perda de autonomia do sistema jurídico) sequer pode ser tematizado pela teoria jurídica.

De outro lado, a obstinação teórica pela efetividade fática da norma apoiada em valores, reduz o problema dos contatos entre política e direito ao casuismo da valoração da norma no caso concreto, de acordo com as conseqüências fáticas que se pretende produzir. A teoria jurídica não vê o uso político do direito como um problema de autonomia, mas sim como um problema de valoração das conseqüências fáticas da decisão jurídica utilizada para acionar um programa político. A teoria jurídica não vê a diferença entre jurídico e não-jurídico e não vê que não vê essa diferença.

Uma saída possível para esse problema parece residir em uma reconciliação da teoria jurídica com a sociologia jurídica. É necessária uma teoria do direito que, ao mesmo tempo em que permita investigar a sua relação com a política e outros sistemas sociais, não perca de vista a normatividade específica do direito, ou seja, que permita analisar o direito na sociedade sem reduzi-lo a um mero fato social. Vale dizer, que permita uma reflexão mais cuidadosa sobre o que se pode esperar conseguir por meio da atuação jurisdicional e como direcionar a dogmática para evitar os riscos de uma abertura indevida do sistema jurídico.

Uma teoria (certamente não a única) que se propõe a considerar tal perspectiva é a Teoria dos Sistemas de NIKLAS LUHMANN, cujo alguns aspectos auxiliaram na análise aqui realizada, bem como os trabalhos de CELSO FERNANDES CAMPILONGO, importante interlocutor da teoria dos sistemas, sobre a função dos Tribunais e os sistemas político e jurídico na sociedade complexa.

A construção de paradigmas teóricos alternativos para os interesses difusos, que tenham por marco epistemológico a teoria dos sistemas – e a firme especulação sobre os limites do sistema político e jurídico na sociedade contemporânea – poderia auxiliar nessa tarefa, que não se pretende levar a cabo no presente estudo.

Das observações aqui traçadas espera-se que seja possível perceber algumas contradições e paradoxos das descrições do sistema jurídico constantes dos paradigmas utilizados pela teoria e dogmática dos interesses difusos. Espera-se que o presente trabalho tenha apontado pontos problemáticos dessas linhas teóricas a indicarem a necessidade de maior reflexão (e por vezes menos empolgação) por parte da literatura jurídica, bem como chamar a atenção para campos de pesquisa dogmática e teórica ainda carentes na área dos interesses difusos.

Em muitos ramos dos direitos difusos sente-se ainda a falta de instrumentos jurídicos (dogmáticos) aptos a garantir com efetividade o direito de participação das coletividades nas esferas de decisão. É o caso notório da incipiência (ou mesmo insipiência) das audiências públicas nos processos de licenciamento ambiental; da inexistência de meios de participação do consumidor nas tomadas de decisão sobre política de consumo e regulação de mercados (p.ex.: o caso da telefonia e de seguros); da fragmentação burocrática dos Conselhos Tutelares da Criança e do Adolescente; entre muitos outros que poderiam ser citados.

Uma vez constatado que a conflituosidade nos interesses difusos nada mais é do que um conflito de participação no interesse (e não entre interesses), deveria ser uma preocupação central da literatura jurídica a criação de uma dogmática do direito à participação na tomada de decisões políticas sobre esses interesses, e não de inflação da efetividade da decisão jurisdicional cujo procedimento não tem como substituir o procedimento político. Vale dizer, uma dogmática do procedimento (como forma de garantir a participação), em substituição a um dogmatismo de valores, que já não corresponde à forma de auto-organização da sociedade complexa.

Construídos os alicerces garantidores de uma maior participação e dinamismo nos procedimentos políticos para tomadas de decisão quanto a interesses difusos, tende a se construir uma rede de normatividade capaz de filtrar a conflituosidade antes de seu encaminhamento à decisão judicial. Sente-se falta de uma preocupação mais presente com esses aspectos nas instâncias reflexivas dos interesses difusos, que se espera que o presente estudo tenha servido para demonstrar.

O atual panorama dos interesses difusos na doutrina jurídica, e que merece ser repensado, é o de um direito apto a preencher todas as necessidades, mas que deixa um vácuo no lugar do conceito de justiça. Espera-se que essa constatação – se é que exitosa – sirva como um ponto de partida para a busca de construções teóricas e dogmáticas a partir de outros paradigmas para a ciência do direito.

V. – CONCLUSÕES

1. A luta pela afirmação da cientificidade do Direito no final do séc. XIX e início do séc. XX teve por consequência a fixação de um dogmatismo metodológico que se faz sentir até os dias de hoje, em especial no Brasil, na academia jurídica. No Brasil, de modo contraditório, a proposta de pureza metodológica de KELSEN associou-se à tradição do positivismo científico de COMTE e ao culturalismo fenomenológico de MIGUEL REALE de modo a isolar a pesquisa jurídica das demais áreas do conhecimento e das outras ciências sociais. Nesse cenário, o fenômeno jurídico, embora visto de modo inseparável como fato (social), valor (filosófico) e norma (jurídica), a atividade do jurista é isolada da do sociólogo e do filósofo. O dogmatismo acadêmico implica que o jurista deva considerar os resultados das pesquisas sociológicas e filosóficas na sua tarefa, mas delimitar metodologicamente o seu objeto à perspectiva normativa. Como resultado, os padrões tradicionais de pesquisa em direito pressupõem que o núcleo duro da pesquisa seja o estudo das normas jurídicas vigentes, o que limita as possibilidades de se pensar o direito cientificamente.

2. O atual panorama da pesquisa científica em direito comporta o status cognitivo de um estudo que, como o presente, não tenha como objeto de trabalho ou ponto de partida o ordenamento positivado, a Constituição Federal ou mesmo os princípios jurídicos, mas sim o próprio pensamento jurídico. O contato mais intenso com outras ciências sociais, a expansão dos horizontes metodológicos promovidos pela tópica jurídica, o próprio redimensionamento dos parâmetros de cientificidade em direito decorrentes de um intercâmbio com outras metodologias e o revigoramento da epistemologia jurídica como ciência, não só alargaram o conceito da própria dogmática jurídica, que passa a tratar de modo amplo do fenômeno da decidibilidade, como também da própria noção da cientificidade do Direito, que passa a abranger mais propostas metodológicas.

3. Nesse cenário, a epistemologia jurídica se mostra de grande utilidade para identificar padrões no pensamento jurídico, isto é, paradigmas, o que permite uma investigação teórico-conceitual mais rica em abstração. É possível assim identificar vários âmbitos para a formação de paradigmas nas ciências jurídicas. Pode-se falar em paradigmas dentro da dogmática jurídica, ou seja, na suas diferentes sintaxes normativas, em paradigmas na teoria jurídica e mesmo em paradigmas da própria epistemologia jurídica.

4. O paradigma jurídico-epistemológico se aloja em um âmbito mais elevado de abstração e diz respeito ao modo essencial de se conceber as possibilidades de se pensar o direito – e não de operar no direito. Adotando-se essa perspectiva e diminuindo o grau de abstração, percebe-se a formação de paradigmas jurídico-teóricos, ou seja, de pressupostos sobre a juridicidade e sobre a função do direito que servem de apoio para construções na dogmática jurídica sobre parâmetros de validade das decisões.

5. Tendo em vista a dupla referenciabilidade paradigmática da ciência do direito – epistemológica e teórica – constata-se como apoios paradigmáticos predominantes dos interesses difusos, no âmbito epistemológico, a matriz hermenêutica (ROCHA) e, no âmbito teórico, o Paradigma do Direito Social (FARIA). O marco hermenêutico se caracteriza por conceber a juridicidade como algo que precisa ser reconhecido por critérios extra-jurídicos, como o reconhecimento social ou o amparo em princípios morais. Nesse marco, se desenvolve o paradigma teórico do Direito Social, segundo o qual o Direito se legitima na medida em que possa oferecer respostas eficazes para as crises sociais.

6. Um ponto cujo tratamento doutrinário merece revisão é o da conflituosidade dos interesses difusos. A doutrina predominante não considera com a devida radicalidade a indeterminabilidade dos titulares desses interesses, tendendo a ver a conflituosidade como um conflito entre interesses opostos. Contudo, o conceito implica que *todos participam ao mesmo tempo de todos os interesses difusos*, o que faz com que a conflituosidade seja sempre um conflito de participação em um mesmo interesse. Vale dizer, um conflito de poder político (capacidade de influenciar decisões dos outros participantes) entre titulares de um mesmo interesse indivisível.

7. Como todos participam de todos os interesses difusos, toda pretensão fundada em um interesse difuso tende a encontrar resistência, que será maior ou menor conforme a predisposição generalizada dos participantes a aceitar decisões acerca desse interesse. Mesmo em uma demanda individual, a oposição de um interesse difuso, como causa de pedir ou de resistir, a outro direito ou interesse traz essa conflituosidade para o momento da decidibilidade judicial – sempre que o sistema político já não a haja filtrado expressando uma opção clara para a sua solução. É a filtragem prévia da conflituosidade no sistema político que pode garantir a estabilidade da expectativa de que os demais participantes do interesse estejam predispostos a aceitar decisões acerca desse interesse.

8. As soluções apresentadas pela doutrina giram em torno da ampliação do arsenal técnico voltado para aumentar a eficácia da decisão jurisdicional – aumentando os poderes do juiz – sem se perguntar pelas condições dessa decisão pacificar a intensa conflituosidade. Sem embargo das opiniões que vêem o processo coletivo como um novo lugar da democracia, seus instrumentos procedimentais – em especial a participação por meio de um legitimado institucional que escolhe quais são os interesses da coletividade, a concorrência entre demandas individuais e coletivas e a instabilidade da coisa julgada – não contam com a mesma aptidão que o processo individual tradicional para filtrar a conflituosidade, garantindo a ficção do consenso.

9. Essas soluções apresentadas pela doutrina dominante para esse problema podem ser sintetizadas na proposta de uma *Jurisdição Coletiva*, para a qual o próprio MANCUSO não apresenta uma definição precisa, mas que se pode definir, a partir de seus estudos, como: *a atividade dos órgãos do Estado destinada a solucionar justamente as lides envolvendo interesses metaindividuais por meio da ponderação e valoração desses interesses no caso concreto, juridicizando a escolha política adequada para cada caso, por meio da atuação prática da metodologia de ponderação e valoração de interesses que, segundo o direito vigente, disciplina a situação jurídica.*

10. Essa proposta contudo não considera questões técnicas pertinentes a um sistema de jurisdição una, como o brasileiro, nem a sua inaptidão procedimental para obtenção do consenso, ou os efeitos negativos de negar uma solução substancialmente jurídica para a tutela de interesses inerentemente conflituosos, como os difusos: *se a escolha a ser realizada pelo julgador da Jurisdição Coletiva é tipicamente política, a prevalência de um ou outro interesse se torna dependente da força política que eles disponham junto ao julgador.*

11. A falta da percepção dessa problemática está associada ao esgotamento das possibilidades reflexivas oferecidas pelos âmbitos teóricos dos interesses difusos, quais sejam, a semântica do Acesso à Justiça e a Teoria da Constituição Dirigente. Ambos âmbitos teórico-reflexivos devem ser analisados à luz da racionalidade do Estado de Bem-Estar, que a sociologia jurídica mostra operar por meio de uma incessante compensação de desigualdades. Nesse contexto, a doutrina jurídica do Estado de Bem-Estar formula uma teoria do sistema jurídico que, compensando constantemente suas próprias intervenções, se expande, colonizando outros sistemas da sociedade, como a política.

12. No Estado de Bem-Estar a desigualdade na *capacidade de formular* interesses é compensada pela técnica da inferência universalista de um *interesse social*. A compensação da desigualdade na *capacidade de defender* interesses no âmbito político se dá pela equiparação desses interesses a direitos que podem ser exigidos do Estado e da coletividade. Esses direitos assumem a forma de *direitos de acesso* à participação nos interesses, cujo corolário necessário é o *acesso ao direito*, ou o *acesso à justiça*. O direito, assim, se obriga a garantir o acesso a si mesmo e à jurisdição como instrumento para atingir as metas de bem-estar.

13. O direito processual contemporâneo confia na maior medida do possível os critérios de decisão de conflitos ao direito material, pois a universalidade da jurisdição não admite que se impeça a apreciação da tutela pedida por nenhum motivo *a priori*. O preceito da instrumentalidade do processo, enquanto modo pelo qual a jurisdição se orienta, busca evitar que situações jurídicas de vantagem ou desvantagem sejam concretamente tuteladas por critérios que não sejam do direito material.

14. De outro lado, o direito material contemporâneo, ao equiparar interesses a direitos, permite prescindir nas situações jurídicas do conceito de dever. Assim, no caso dos interesses difusos, o direito material não comporta qualquer solução prévia juridicamente justa para os conflitos, reencaminhando o problema para os casos concretos, ou seja, para as normas de direito processual segundo as quais o julgador deverá aplicar o preceito da proporcionalidade. Desse modo, *a teoria da jurisdição contemporânea confia a resolução dos conflitos ao direito material e a teoria do direito material confia à jurisdição a decisão dos conflitos nos casos concretos*, por meio da ponderação.

15. Esse esquema conceitual dos interesses difusos tem sua origem na solução pensada pelas teorias utilitaristas para explicar a proteção jurídica de entes incapazes de perceberem seus próprios interesses. A tradição da *common law* teorizou que, embora determinados entes não possam perceber seus próprios interesses, eles são beneficiários de direitos morais a um determinado tratamento, proveniente de obrigações morais, decorrentes do *interesse social*. Essa proteção moral gera deveres legais sem que se precise reconhecer um direito correlato. A tradição da *civil law*, trabalhou esse problema por meio da positivação do *interesse social* em princípios jurídicos, estabelecendo um interesse geral genérico juridicamente amparado que conduz à possibilidade de se demandar legalmente as obrigações necessárias à satisfação desse interesse, determinado em cada caso concreto.

16. Assim, o conceito de interesses difusos tem como apoio teórico-epistemológico o reconhecimento moral (*common law*) ou a positivação principiológica (*civil law*) da juridicidade da satisfação de uma necessidade (material, imaterial ou jurídica), sem beneficiários específicos que possam perceber essa necessidade e demandar sua satisfação de alguém, e cuja proteção nas convenções jurídicas (princípios jurídicos positivados ou obrigações morais) gera deveres legais. Por isso, os interesses difusos não têm a *forma lógica* de um *direito*, mas de deveres resultantes das obrigações de tratamento de determinado bem, amparadas – com força coercitiva – pelas convenções jurídicas.

17. Paradoxalmente, a teoria dos interesses difusos, ao buscar construir um sistema de direitos sem deveres (que prescindia de titulares que possam exigir uma obrigação de alguém), construiu um sistema de deveres sem direitos, legitimando o Estado a impor programas políticos em violação de outros direitos. Ao passo em que o esquema sujeito-liberdade-interesse-ação possibilitou abstrações necessárias para proteger as pessoas no processo de positivação do direito, o esquema interesse-ação, em que o interesse é controlado nas fórmulas do *interesse geral* postas pelo sistema político (que escolhe interesses para oferecer plataformas de alternância entre governo e oposição), tende a sujeitar cada vez mais o Judiciário ao controle da Política. Os interesses difusos se tornam assim um perigoso instrumento para a atuação do Estado, na medida em que permitem impor deveres sem a satisfação de correlatos direitos. A atividade política jurisdicionalizada na *forma* da tutela de interesses difusos não admite a oposição de direitos subjetivos. Os direitos difusos tendem a não proteger as pessoas, mas apenas distribuir os riscos da intervenção/omissão do Estado na liberdade.

18. Assim como a teoria dos direitos subjetivos justificou no séc. XVI a escravização de povos que – *tinham o direito de expor sua liberdade a risco* – a semântica dos interesses difusos corre o risco de justificar juridicamente a intervenção militar para garantir a liberdade de *povos que têm direito à autodeterminação*; o desemprego de trabalhadores rurais que *têm direito ao meio ambiente*; o desabrigo de famílias moradoras de áreas de mananciais que *têm direito à água*; a proibição de determinados produtos e serviços *para proteção dos consumidores*; a limitação da possibilidade das crianças serem educadas pelos seus pais *para garantir o seu direito à educação*.

19. Na sociedade contemporânea, conceitos como interesse público, bem comum, bem geral, interesse social, não possuem qualquer referência substancial, e acabam por servir de instrumentos retórico (lugar-comum) para agregar consenso a programas políticos, justificando o não cumprimento de alguns direitos para implementação de outros. Por isso, mesmo quando veiculados na forma de princípios constitucionais, portanto com normatividade, esses universalismos não servem como referência para diferenciar quais interesses devem e não devem ser protegidos. Sem instâncias reflexivas que possibilitem uma distinção mais precisa para a dogmática, o Judiciário, obrigado a decidir, acaba fazendo escolhas políticas. Quando o Judiciário faz escolhas políticas ele se abre ao sistema político e corre o risco de ser usado para violar direitos na implementação de outros.

20. A principal instância teórica que deveria propiciar a percepção – e manutenção – da distinção entre política e direito é o direito constitucional. Contudo, a doutrina predominante, no Brasil, segue um caminho inverso. A concepção teórica da Constituição Dirigente, conferindo imperatividade às normas constitucionais programáticas, legítima constitucionalmente – portanto em condições de flexibilizar o princípio da tripartição de funções estatais, ou outros princípios constitucionais – o exercício da jurisdição para demandar frente ao próprio Estado a perseguição da concretização de interesses difusos.

21. O amparo conceitual dessa perspectiva é fornecido pela teoria do modelo do ordenamento jurídico composto por regras e princípios, cuja normatividade destes últimos inclui a concretização de programas políticos e vincula o julgador a uma única decisão correta. Assim, os direitos difusos constitucionais passam a ser vistos como princípios constitucionais (*policies*). A dimensão de peso dos princípios resolve o problema lógico da sua aplicabilidade conflituosa porque princípios não precisam se aplicar por inteiro. Eles comportam a conflituosidade porque podem ser ponderados e mesmo afastados diante de outros princípios que tenham mais peso no caso concreto.

22. A aplicação da teoria dos princípios combinada com a Teoria da Constituição Dirigente mostra aspectos obscuros não refletidos pela doutrina. Re-teoriza-se a tarefa do aplicador do direito, que deve, orientado pelo *princípio da unidade da Constituição*, identificar prioridades da tutela e concretização de direitos antagônicos mas igualmente imperativos. Da figura do legislador racional, típica do Estado liberal, o Estado de Bem-Estar busca uma figura idealizada do próprio juiz.

23. Os fundamentos teóricos da Constituição Dirigente são problemáticos na medida em que isolam sociedade e Estado para que o direito possa transformar a sociedade. Não é possível conceber política e direito fora da sociedade, apenas a política e o direito da sociedade. Assim, apenas a sociedade – com sua política, economia, religião, arte, ciência, etc. – pode transformar-se a si mesma. E o processo não é verificável nem muito menos programável por princípios. Contudo, a jurisdição constitucional se descreve – por meio da doutrina – como obrigada a concretizar a Constituição para conduzir a atividade do Estado, sendo certo que eventuais problemas de déficit democrático e da juridicidade incerta do interesse a ser tutelado, se resolveriam pela sensibilidade aos anseios sociais, bom-senso e razoabilidade do julgador.

24. Analisada a proteção dos interesses difusos como direitos fundamentais percebe-se que são de direitos fundamentais que existem apenas na dimensão objetiva, ou seja, que ensejam um dever de tutela estatal independentemente da percepção dos possíveis titulares de uma violação a bens e interesses, especialmente *bens difusos*, ou seja, *cujas fruição preenche necessidades indivisíveis de titulares indetermináveis*. Permanece portanto como problema central dos direitos difusos fundamentais aferir o cumprimento do dever de tutela por parte do Estado. Essa averiguação é, também aqui, reencaminhada ao caso concreto para ser feita pelo julgador por meio do preceito da proporcionalidade, que permite ponderar os direitos colidentes na averiguação do cumprimento de um dever estatal.

25. A aplicação do preceito da proporcionalidade apesar de seu refinamento teórico, formula apenas uma metodologia da decisão judicial, mas não pode indicar quais são os interesses que merecem ser protegidos como direitos fundamentais. Assim, a Teoria da Proporcionalidade se mostra, no máximo, como um modelo para *descrever* o problema da conflituosidade (e assim justificar decisões), mas não oferece parâmetros que ajudem a descobrir a decisão, ou seja, se foi ou não cumprido o dever de tutela estatal em relação a um interesse difuso.

26. Averiguar o cumprimento do dever de tutela estatal por meio do preceito da proporcionalidade implica buscar por meio da ponderação de valores constitucionais, que conduz à valoração de interesses, um fundamento absoluto para o agir político. Nessa perspectiva, espera-se que os direitos fundamentais – em especial os difusos, que determinam programas políticos – orientem a seleção do o agir justo pelo Estado e, portanto, funcionem como valores (seleção de preferências).

27. A sociologia jurídica de LUHMANN permite constatar que os valores não fornecem parâmetros para programas decisórios, não podendo ajudar a resolver conflitos, já que, pela sua própria natureza, não é possível falar em uma hierarquia de valores. Apenas os valores, mas não a sua relação hierárquica, podem ser formulados de modo abstrato, e a abstração dos primeiros sem a dos segundos é praticamente inútil. Quanto mais valores, menos se pode saber a partir deles como decidir.

28. A teoria dos interesses difusos se satisfaz amplamente com o preceito da proporcionalidade como solução legitimadora da jurisdicionalização das questões políticas, típicas da *Jurisdição Coletiva*, confiando a esse preceito os critérios de decidibilidade para se demandar do Estado a concretização de políticas públicas e para revisar o mérito da discricionariedade administrativa na concretização ou não desses interesses.

29. Quando o sistema jurídico busca se orientar pela concretização de valores, enquanto preferências para cada caso concreto, que é o que ocorre nos casos envolvendo colisão de direitos fundamentais e nos interesses difusos, perde-se a noção de qual seja o critério de justiça – que passa a ser casuístico – e, com isso, a unidade do critério de juridicidade de interesses e direitos. Se o sistema jurídico deixa de ser capaz de apontar um critério claro para distinguir entre interesses (ou valores) juridicamente protegidos, ou seja, perde o critério do jurídico, ele se coloca à disposição para ativação dos programas de outros sistemas, em especial o político. O risco na perda de autonomia do sistema jurídico é que o direito passe a garantir a concretização de interesses e perca a importante função de proteger as pessoas frente à luta dos interesses.

30. A teoria e a dogmática dos interesses difusos carecem assim de outros âmbitos reflexivos que lhes permitam um leque mais amplo de opções para trabalhar a problemática da conflituosidade interna desses interesses e da jurisdicionalização da política. As soluções disponíveis redundam em substituir a separação de poderes pela Jurisdição Coletiva (politizada) e a tipicidade de direitos pela juridicidade aberta de interesses (equiparados a direitos), tendo por fundamento a fórmula da proporcionalidade, o que deixa em aberto problemas referentes à regulação da ação estatal e dos conflitos de poder político na participação em interesses indivisíveis.

31. O esgotamento das possibilidades desse arcabouço teórico para lidar com os problemas da conflituosidade (ou seja, da legitimação das decisões) dos interesses difusos parece exposto diante da tônica central das suas semânticas mais recentes, voltadas a uma crítica dos juízes.

32. A resistência ao direito, formulada na demanda por um direito melhor, antes endereçada ao legislador, passou a ser endereçada aos juízes. Acusa-se a magistratura de falta de sensibilidade social para compreender a complexidade dos conflitos sociais e falta de preparo técnico para lidar com o arsenal jurídico disponível, construído pelas auto-descrições do processo civil coletivo. Acusa-se o formalismo na formação acadêmica e profissional dos juízes como o responsável pelas frustrações no não-atingimento das metas políticas do Estado de Bem-Estar, demandando-se um Judiciário mais sensível aos anseios da sociedade, ou seja, mais politizado.

33. Paradoxalmente, o expoente institucional da fórmula do Judiciário politizado, o Supremo Tribunal Federal, é alvo de críticas justamente por conta da ausência de fundamento jurídico para suas decisões, vale dizer, de uma abertura demasiada a interesses políticos. O direito de resistência ao direito se volta então contra a politização das decisões do Supremo Tribunal Federal. O Paradigma do Direito Social parece assim destinado a uma redescoberta constante de novas formas de resistir ao direito.

34. É necessária uma teoria do direito que permita uma reflexão mais cuidadosa sobre o que se pode esperar conseguir por meio da atuação jurisdicional e como direcionar a dogmática para evitar os riscos de uma abertura indevida do sistema jurídico.

35. Uma vez constatado que a conflituosidade nos interesses difusos nada mais é do que um conflito de participação no interesse (e não entre interesses), deveria ser uma preocupação central da literatura jurídica a criação de uma dogmática do direito à participação na tomada de decisões políticas sobre esses interesses, e não de inflação da efetividade da decisão jurisdicional cujo procedimento não tem como substituir o procedimento político. Vale dizer, uma dogmática do procedimento (como forma de garantir a participação), em substituição a um dogmatismo de valores, que já não corresponde à forma de auto-organização da sociedade complexa.

36. A construção dos alicerces teóricos voltados à garantia de uma maior participação e dinamismo nos procedimentos políticos para tomadas de decisão, quanto a interesses difusos, tende a construir uma rede de normatividade capaz de filtrar a conflituosidade antes de seu encaminhamento à decisão judicial. Sente-se falta de uma preocupação mais presente com esses aspectos nas instâncias reflexivas dos interesses difusos, hoje centradas quase que exclusivamente nas preocupações com o arsenal normativo à disposição do juiz para conferir eficácia às suas decisões.

BIBLIOGRAFIA

- ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica; para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ALESSI, Renato. *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*. 2. ed., Milão: Giuffrè, 1960.
- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*, Trad. E. Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Dogmática jurídica: esforço de sua configuração e identidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo, São Paulo: Edusp, 1981.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, Trad. de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Rosá. Col. *Os pensadores*. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1973.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 7. ed. Rio de Janeiro - São Paulo – Recife: Renovar.
- BASTOS, Celso Ribeiro. “A Tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro” *in Revista de Processo*, n. 23/39, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao Estudo do Direito - Os Fundamentos e a visão histórica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BATESON, Gregory. “Metalogue: What is an instinct”. *Steps to an ecology of mind*. New York: Ballantine, 1973.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- _____. *Poderes instrutórios do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- BERTI, Giorgio. *L’interesse diffuso nel diritto amministrativo. Strumenti per la tutela degli interessi diffusi della colettività*. Convegno Nazionale, Bologna: Maggioli, Rimini, 1981.
- BERCOVICI, Gilberto. “Constituição e política: uma relação difícil”. *In Lua Nova*, n.61, 2004, disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11.7.2007. Pré-publicação.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*, Trad. Carlos Nelson de Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- _____. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito*, compiladas por NELLO MORRA, trad. e notas Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 2006.
- _____, “Max Weber e Hans Kelsen” *in Sociologia del Diritto* 1/1981, Trad. para o espanhol de Jorge E. Gutierrez disponível em <<http://www.bibliojuridica.org/libros/2/970/5.pdf>>, acessado em 18.2.2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

- CAMPILONGO, Celso Fernandes; FARIA, José Eduardo. *A sociologia jurídica no Brasil*. Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre: 1991.
- _____. “Desafios do Judiciário: um enquadramento teórico” in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*, José Eduardo Faria (org.) São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. *Política, Sistema Jurídico e Decisão Judicial*, São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- _____. *Direito Constitucional*, 6^a. ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.
- _____. “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”. *Revista de Processo*, n. 5. São Paulo, 1977.
- _____.; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco. *Metodologia do Direito*. Trad. Frederico A. Paschoal, Campinas: Bookseller, 2000.
- _____. *Sistema di Diritto Processuale Civile*. Pádua: Cedam, 1936.
- CHIOVENDA, Giuseppe. “Dell’azione nascente dal contratto preliminare”, n.3. *Saggi di diritto procesuale civile*. Milano, v. 1. Giuffrè, 1993.
- _____. *Istituzioni di diritto processuale civile* vol. I, 2^a ed., Napoli: Jovene, 1960.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Planejar o desenvolvimento: a perspectiva institucional. Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- _____. *A afirmação histórica dos Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. “O regime jurídico das medidas urgentes” in *Revista Jurídica*, ano 49, n. 286. Porto Alegre: Notadez, 2001.
- _____. *Instituições de processo civil*, vol. II. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____.; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *A ciência jurídica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

- _____. *Compêndio de introdução à ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho, 1995.
- ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. Trad. Gilson César Cardoso de Souza. 15. ed. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- EDMUNDSON, William A. *An introduction to rights*. Cambridge: University Press, 2004.
- FARIA, José Eduardo. *O Direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____. *Justiça e Conflito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- _____. “O Judiciário e o Desenvolvimento Sócio-Econômico” in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. (Org. José Eduardo Faria) São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. “As Transformações do Judiciário em face de suas Responsabilidades Sociais” in *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça* (Org. José Eduardo Faria) São Paulo: Malheiros, 2005.
- _____. (org) *Direito e Justiça – A função social do Judiciário*, 3ª. ed., São Paulo: Ática, 1997.
- _____.; CAMPILONGO, Celso Fernandes. *A sociologia jurídica no Brasil*. Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre: 1991.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *A Ciência do Direito*. São Paulo: Atlas, 1977.
- _____. *Introdução ao estudo do Direito*. 1. ed. São Paulo: Atlas, 1990.
- _____. *Direito retórica e comunicação*. São Paulo: Saraiva, 1973.
- _____. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- _____. *Teoria da Norma Jurídica*. 4ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002
- _____. *Interesse Público* disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/34> acessado em 21.6.2007.
- _____. *A Tutela dos Interesses Difusos – debates*, Realizado a título de encerramento do Seminário Sobre a Tutela dos Interesses Coletivos, na Faculdade de Direito da USP, disponível em <http://www.terciosampaioferrazjr.com.br/?q=/publicacoes-cientificas/55>, acessa do em 5.7.2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. “A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos” in *Ação civil pública – lei 7347/85 – Reflexões e reminiscências após dez anos de aplicação*. (Coord. Édis Milaré) São Paulo: RT, 1995.
- _____. *Princípios do Processo Ambiental*, São Paulo: Saraiva, 2004.
- FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

- GARTH, Bryant; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- GERALDES, André Gustavo de Almeida. *Tutela Jurídica dos Mananciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. “Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos” in *A Marcha do Processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. et. al. Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- _____. “Novas tendências da tutela jurisdicional dos interesses difusos”. *Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- _____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- GIORGI, Raffaele De. “Direito Penal e Teoria da Ação. Entre Hermenêutica e funcionalismo” in *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- _____. “Roma como Memória da Evolução” in *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- _____. “A Memória do Direito” in *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- _____. “Condições de descrição da complexidade na sociedade mundial” in *Direito, tempo e memória*. Trad. Guilherme Leite Gonçalves. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- _____. “Estado e Direito no Fim do Século” in *Direito, Democracia e Risco, vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- _____. “Semântica da Racionalidade e da Experiência” in *Direito, Democracia e Risco, vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- _____. “Semântica da Idéia de Direito Subjetivo” in *Direito, Democracia e Risco, vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria da ciência jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. *Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- _____. “Para uma Filosofia da Filosofia” in *Conceitos de Filosofia*, 2.ed. Ceará: Imprensa Universitária da Universidade Federal do Ceará, 1999.
- HART, Hebert L.A. *O conceito de Direito*. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

- JELLINEK, Georg. *Teoria general del Estado*. Trad. Fernando de los Rios Urruti, México: Fondo e Cultura Econômica, 2002.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e Estado*. Trad. João Baptista Machado 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *Teoria pura do Direito*. 6 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KUHN, Thomas Samuel. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira, 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. Trad. Walter Stön, 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I. Trad.e notas Candido Rangel Dinamarco. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – lições introdutórias*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: obrigações em geral*, vol. II. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros S.A., 1960.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito vol I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *El Derecho de la Sociedad*. Trad. provisória para o espanhol de Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2002.
- _____. *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica*. Trad. Ignácio de Otto Pardo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- _____. *La Sociedad de la Sociedad*. Trad. Javier Torres Nafarrate. México: Universidad Iberoamericana, 2007.
- _____. “Diritti Soggettivi. Mutamenti della Conscienza Giuridica per la Società Moderna”. *Sociologia e politiche sociali*, ano 4, n. 1, 2001.
- _____. *A Constituição como Aquisição Evolutiva*. Trad. livre de Menelick de Carvalho Netto para o curso de pós-graduação da UFMG (La Costituzione come acquisizione evolutiva in GUSTAVO ZAGREBELSKY (coord) et. al. Il Futuro della Costituzione, Torino: Einaud, 1996).
- _____. *Teoría política en el Estado de bienestar*. Trad. Fernando Vallespín. Madrid: Alianza Universidad, 2002.
- _____. *Legitimação pelo procedimento*. Trad. Maria da Conceição Coorte-Real, Ed. Unb, Brasília, 1980.
- _____. *I Diritti Fondamentali come istituzione*. Trad. Stefano Magnolo. Bari: Dédalo, 2002.

- _____. “The Code of Moral”. *Cardozo Law Review*, vol. 14. Trad. Jonathan Feldstein, Artur J. Jacobson e Gabriel Motzkin. 1993
- MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- _____. “Ação Civil Pública, o Direito Social e os Princípios” in *A Ação Civil Pública – após 20 anos: efetividade e desafios*, (coord. Édis Milaré) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005..
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. “Transposição das Águas do Rio São Francisco: uma abordagem jurídica da controvérsia”. *Revista de Direito Ambiental*. vol. 37, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006
- _____. “A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas” in *Ação Civil Pública – lei 7.347/85 15 anos, 2ª. Ed.*, (Coord. ÉDIS MILARÉ) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MARCATO, Antonio Carlos (coord.). *Código de Processo Civil interpretado*. São Paulo: Atlas, 2004.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipada e julgamento antecipado*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MARTINS, Leonardo; DIMITRI, Dimoulis. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13.. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais do Direito Administrativo*, vol I. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- MILARÉ, Edis (coord.). *Ação Civil Pública: lei 7.347/85 – 15 anos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. “Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente: A representação Adequada dos Entes Intermediários Legitimados para a Causa” in *Ação Civil Pública – após 20 anos: efetividade e desafios*, (Coord. Edis Milaré), São Paulo: RT, 2005.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: Teoria Geral*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

- MOREIRA, José Carlos Barbosa. “A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro” in *Temas de Direito Processual*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. “Ações coletivas na Constituição de 1988” in *Revista de Processo*, vol. 16, n. 61, São Paulo: RT, 1991.
- _____. “Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80” in *Revista de Direito Processual*, vol. 47.
- _____. “Ação Civil Pública e a Língua Portuguesa” in *Ação Civil Pública: lei 7.347/85 – 15 anos* (coord. Edis Milaré). 2^a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do Direito*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- NALINI, Renato. *A rebelião da toga*. Campinas: Millennium, 2006.
- NERY, Rosa Maria Andrade & NERY JR., Nelson. *Código de Processo Civil e legislação processual extravagante em vigor*. 9^a. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NERY JR., Nelson “Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo” in *Revista de Direito Privado*, n.5. São Paulo: 2001.
- _____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, 7^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NEVES, Antonio Castanheira. *DIGESTA: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, vol. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- NOBRE, Marcos *et al.* *O que é pesquisa em Direito?*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Manual de Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- OLIVEIRA, Isabel de Assis Ribeiro de. “Direito Subjetivo – base escolástica dos direitos humanos”, in *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 14, n. 41, 1999. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n41/1750.pdf>, acessado em 4.7.2007.
- OLSON, Mancur. *A Lógica da Ação Coletiva*. São Paulo: Edusp, 1999.
- PADILHA, Norma Sueli. *Colisão de Direitos Metaindividuais e a Decisão Judicial*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2006.
- PEREIRA, Francisco Caetano. *Subsídios Canônicos ao Direito Processual*, disponível em <http://www.unicap.br/rid/artigos2004/subsidioscانونicos.doc>, acessado em 5.7.2007.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- POLETTI, Ronaldo. *Introdução ao Direito*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Parte Geral*. Tomo V, atual. Wilson Rodrigues Alves. 1. ed. Capinas: Bookseller, 2000.
- RAO, VICENTE. *O Direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- REALE, Miguel. *Fundamentos do Direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.
- _____. *Teoria tridimensional do Direito*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

- _____. *O Direito como experiência (introdução à epistemologia jurídica)*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- _____. “Direito e cultura” in *Horizontes do direito e da história*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- _____. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo, Saraiva, 1998.
- _____. *Verdade e Conjectura*. São Paulo: Nova Fronteira, 1983.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.
- _____. *Três Matrizes da Teoria Jurídica*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- RODRIGUES, Cândido Moreira. “Apontamentos sobre o pensamento de Carl Schmitt, um intelectual nazista” in *Revista de História*, n.12. João Pessoa, 2005.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de Direito Ambiental – parte geral*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- SANTOS, Boaventura de Souza. “Introdução à Sociologia da Administração da Justiça” in *Direito e Justiça – a função social do Poder Judiciário*. JOSÉ EDUARDO FARIA (Coord) São Paulo: Ática, 1989.
- _____. *Introdução a uma ciência pós moderna*. 4. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.
- SCURO NETO, Pedro. *Sociologia geral e jurídica – manual dos cursos de direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- SICHES, Luis Recasens. *Panorama del pensamiento jurídico en el Siglo XX*. Mexico: Porrúa, 1963.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SOIBELMAN, Leib. *Enciclopédia do advogado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.
- STRAUSS, Anselm L. *Espelhos e máscaras: a busca de identidade*. Trad. Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: EdUsp, 1999.
- TARUFFO, Michele. “I limiti soggettivi del giudicato e le class actions”. *Rivista di Diritto Processuale*, n. 4, Padova, 1969.
- TELLES JR., Goffredo da Silva. “Direito Subjetivo I”, in *Enciclopédia Saraiva de Direito*. (Coord. Rubens Limongi França). São Paulo: Saraiva, 1977, v. 28.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, v. I. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- TREVES, Renato. *Sociologia do Direito: origens, pesquisas e problemas*. Trad. Marcelo Branchini. 3. ed., São Paulo: Manole, 2004.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado *Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional*. Disponível em www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm, acessado em 13.7.2007

- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2001.
- UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodrigues e Márcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.
- _____. *Uma Nova Faculdade de Direito no Brasil*, disponível em www.law.harvard.edu/faculty/unger/portugues/proje.php, acessado em 15.2.2007.
- VIEHWEG, Theodor et. al. *Tópica y filosofía del derecho*. Trad. de Jorge M. Seña. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997.
- VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire*. Giuffrè, Milão, 1979.
- WARAT, Luis Alberto. *Filosofia do direito: uma introdução crítica*. São Paulo: Moderna, 1996.
- WATANABE, Kazuo, et. al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- _____; DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord). “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna” in *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. “Direitos e Interesses Individuais Homogêneos: a ‘origem comum’ e a complexidade da causa de pedir. Implicações na Legitimidade *ad causam* ativa e no Interesse Processual do Ministério Público” in *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.
- _____. “A implementação dos Direitos Fundamentais e o Paradigma Constitucional: as Novas Concepções e os Desafios aos Operadores do Direito” in *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.
- _____. “A efetividade e a Eficiência Ambiental dos Instrumentos Econômico-Financeiros e Tributários. Ênfase na prevenção. A utilização econômica dos Bens Ambientais e suas Implicações” in *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.
- _____. “Atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário na Tutela do Meio Ambiente. O Inquérito Civil e a Ação Civil Pública” in *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.
- _____. “A Efetividade da Proteção do Meio Ambiente e a Participação do Judiciário” in *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.
- _____. “Ação Civil Pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade” in *Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.
- _____. *A Poluição em face das cidades no direito ambiental brasileiro – A relação entre a degradação social e a degradação ambiental*. Tese de doutorado. São Paulo: PUC, 2002.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006.

Sítios eletrônicos consultados:

Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México - Unam (Sociologia del Diritto, 1/1981). Disponível em <<<http://www.bibliojuridica.org>>>, acessado em 18.2.2007.

Folha Online de 4 de julho de 2006 (manifesto contrário às quotas no ensino público). Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/folha/educacao/ult305u18773.shtml>, acessado em 2.7.2007.

Harvard Law Schol (página do Prof. Roberto Mangabeira Unger). Disponível em www.law.harvard.edu/faculty/unger, acessado em 15.2.2007.

Página pessoal de CELSO DEUCHER (movimento “*O Sul é o Meu País*”). Disponível em <<[www.http://celsodeucher.blogspot.com/](http://celsodeucher.blogspot.com/)>>, acessado em 2.7.2007.

Página pessoal do Prof. Tércio Sampaio Ferraz Jr. (Interesse Público, Tutela dos Interesses Difusos – debates). Disponível em <<<http://www.terciosampaioferrazjr.com.br>>>, acessado em 21.6.2007.

Scientific Eletronic Library Online – Scielo (Revista Brasileira de Ciências Sociais vol. 14, n. 41, 1999 e Lua Nova n. 61, 2004). Disponível em <<<http://www.scielo.br>>> acessado em 4.7.2007 e 11.7.2007

Universidade Católica de Pernambuco (Revista Internacional de Direito), disponível em <<<http://www.unicap.br/rid/>>>, acessado em 5.7.2007.

APÊNDICE – ORIGINAIS DAS TRADUÇÕES LIVRES

Nota 46- (no corpo do texto p. 29)

GREGORY BATESON (**Metalogue: What is an instinct** in *Steps to an Ecology of Mind*. New York: Ballantine, 1973, p. 38-58):

Daughter: Daddy, what is an instinct?

Father: An instinct, my dear, is a explanatory principle.

D: But what does it explain?

F: Anything—almost anything at all. Anything you want it to explain.

D: Don't be silly. It doesn't explain gravity.

F: No. But that is because nobody wants "instinct" to explain gravity. If they did, it would explain it. We could simply say that the moon has an instinct whose strength varies inversely as the square of the distance...

D: But that's nonsense, Daddy.

F: Yes, surely. But it was you who mentioned "instinct," not I.

D: All right-but then what does explain gravity?

F: Nothing, my dear, because gravity is an explanatory principle.

D: Oh...

Nota 189

HAROLD L. WILENSKI (**The Welfare State and Equality: Structural and Ideological Roots of Public Expenditures**, Berkley, California, 1975, p.1):

The essence of the welfare state is government-processed minimum standards of income, nutrition, health, housing and education, assured to every citizen as a political right, not as charity.

Nota 196

FRANCESCO CARNELUTTI (**Sistema di Diritto Processuale Civile**, Cedam, Pádua. 1.936, vol I, p.12.):

Il valore, que il tempo ha nel processo, è immenso e, in gran parte, sconosciuto. Non scarebbe azzardato paragonare il tempo a un nemico, contro il quale il giudice lotta senza posa.

Nota 251

VICENZO VIGORITI (**Interessi collettivi e processo – la legittimazione ad agire**, Giuffrè, Milão, 1979, p. 18-19):

La gamma delle relazioni possibili vede ai due estremi, da un lato, l'indifferenza fra gli interessi (per cui il soddisfacimento di una aspirazione non tocca né pregiudica il soddisfacimento dell'altra) e, dall'altro, il conflitto tra gli interessi (per cui il soddisfacimento di una aspirazione impedisce e pregiudica il soddisfacimento dell'altra) Fra questi due estremi le combinazioni sono le più varie: vi può essere un vincolo stretto, come accade quando un interesse è strumentale alla realizzazione di un altro interesse che si pone come finale nei confronti del primo, oppure come quando esiste un'incompatibilità fra gli interessi che, a sua volta, potrà essere parziale o totale (in questo caso praticamente coincidendo con l'ipotesi di conflitto). Sotto un altro profilo lo stesso interesse può essere diffuso e cioè comune ad una pluralità di soggetti, intendendosi con questo semplicemente indicare che gli interessi di persone diverse sono fra loro qualitativamente identici, oppure può essere particolare di un solo soggetto" Já o interesse coletivo, exprime "l'esistenza di una relazione fra interessi di uguale contenuto, facenti capo a soggetti diversi, organizzati per il raggiungimento del medesimo fine. Il collettivo è la valenza di una certa relazione fra interesse di natura individuale, non confliggenti, ma solidali, congiunti e organizzati per il soddisfacimento della pretesa comune.

Nota 257

ALASDAIR MACINTYRE (**After Virtue**, Notre Dame: Notre Dame University Press, 1981, p. 67, *apud* WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit., pp.4-5):

It would be of course a little odd that there should be such rights attaching to human beings simply qua human beings in light of the fact... that there is no expression in any ancient or medieval language correctly translated by our expression "a right" until near the close of the middle ages: the concept lacks any means of expression in Hebrew, Greek, Latin or Arabic, classical or medieval, before about 1400, let alone in Old English, or in Japanese even as late as the mid-nineteenth century.

BENJAMIN CONSTANT (**The Liberty of the Ancients Compared with that of the Moderns**, in **Benjamin Constant, Political Writings**, trad. Bianamaria Fontana, Cambridge: Cambridge University Press, 1988, pp. 157-158, *apud* WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit., pp.5):

The Greek [of classical antiquity] did not regard himself as having more rights at any given time than the laws of the city unto which he was born gave him at that time; these rights could be reduced, for the community was sovereign, and no rights were inalienable. The idea that parents have a right to educate....their children... or that individual has a right to take drugs.... or a right to take up the time of doctors and nurses in consequence of not wearing a safety-belt, would have seemed to a Greek too laughable to be discussed.

Nota 259

WILLIAM A. EDMUNDSON (**An Introduction to Rights**, Cambridge University Press, 2004, pp. 7-8):

Although in order to live it is necessary to use things, it is not necessary to own them or to exclude others from using them (...) The Franciscan view was in an important sense consistent with the theory of the ancient Roman jurists, who were of the opinion that property was not something that occurred in nature, but only came into existence with human institutions that define and enforce it. The Romans (Cicero aside) did not typically conceive of rights as preexisting or possibly opposing and limiting the enacted or positive law (and they notoriously did not harbor our worries about imperialism). Christian, on the other hand, took very seriously the idea that God administers a moral kingdom that stands apart from the 'natural' design God made for the world is what ought to be consulted for guiding our lives.

Nota 260

Idem, p.8:

But apostolic poverty was not a doctrine that appealed to all within the Church. It had the inconvenient implication that we all ought to follow St. Francis example, and live in a condition of humble communism. Thomas Aquinas, a member of the rival Dominican order, had already seen the matter as at least ambiguous: Although material things are subject, in a sense, only to God's moral powers, they are, in another sense, subject to at least de facto human powers whenever they are used or consumed.

Nota 261

Idem, ibidem:

The dispute was finally settled in the year 1329, when Pope John XXII issued a papal bull flatly declaring that human dominion over material things is, though in miniature, precisely like God's dominion over the universe. The Church's official position, reversing a half-century of Franciscan-inspired precedent, became this: Property is natural and inescapable, apostolic poverty is impossible and, moreover, primitive communism is impossible – God has made us as individual shareholders, however small, ab origine – that is, from the very first. Even in the Garden of Eden, Adam was already exercising moral as well as physical power over the fruits he gathered – at least over those that were not forbidden to him.

Nota 270- (no corpo do texto, p. 137)

Idem, p. 9:

Subjective right adds something that objective right might very well do without: subjective rights refers to individuals and defines moral facts that essentially involve them.

Nota 271- (no corpo do texto, p. 139)

Idem, p. 17:

Justice is therefore an expression of a human nature that Grotius believed to be sufficiently determinate to allow him to speak of laws governing that nature.

Nota 273- (no corpo do texto, p. 139)

Idem, p. 19:

The nature sociability and presumed good sense of right-holders are ultimately what will determine the shape of the distribution of rights in the various nations that people build for themselves.

Nota 276- (no corpo do texto, p. 139)

Idem, p. 24:

In a manner strikingly parallel to the Dominican's use of subjective rights to justify chattel slavery, Hobbe's theory uses the idea of rights to justify a possibly quite tyrannical government.

Nota 277- (no corpo do texto, p. 139-140)

Idem, p. 25:

No right can be attributed to one person without at the same time attributing certain correlative duties of noninterference to others (...) nature does not define what particular things belong to one man, and what to another, before they agree among themselves on their division and allocation (...) The initial division is to be regarded as consensual and conventional, rather than natural, and, after that, further appropriation of things not already divided is subject to a rule of first occupancy, which is itself a conventional rule rather than a natural law.

Nota 277- (no corpo do texto, p. 140)

Idem, p. 28:

This brace of natural rights restricts the ways in which government may legitimately originate, the ends that government, once it being, may legitimately seek, and the measures it may legitimately take to achieve those ends.

Nota 280- (no corpo do texto, p. 141)

Idem, p. 30:

Rights, properly understood, led neither to anarchy nor to tyranny, but explained and justified the outcome of the Glorious Revolution that had brought William and Mary to the English throne.

Nota 283- (no corpo do texto, p. 142)

Idem, p. 32:

But what are these laws, and how are they known? Kant's answer is that they are known not by their content but by their form, and that form of such laws is that of a categorical imperative: So act that the maxim of your will can at the same time be a universal law.

Nota 284- (no corpo do texto, p. 142)

Idem, p. 33:

The moral law demands an unconditioned or autonomous will, for only such a will is capable of treating others as rational beings who are equally capable of autonomy (...) duties that the moral law prescribes are, by their very form, coordinate with the rights of others.

Idem, p. 33 (na nota de rodapé):

Unlike Locke, Kant believed (as did Hobbes) that abandoning the state of natural liberty and entering civil society was not merely advantageous and optional, but was rationally compelled. Kant's view on the question whether property rights arise in a state of nature was consistent with Locke's: They could arise. But, siding with Pufendorf, Kant argued that on entering civil society the nature and dimension of all property holdings become subject to definition by the state. Kant also firmly denied any right to resist the sovereign.

Nota 288

Idem, p. 40:

What had become of the Rights of Man and the Citizen? As the theatrical figure and Jacobin revolutionary Collot d'Herbois expressed it 'The rights of man are made, not for the counter-revolutionaries, but only for the sans-culottes' – the sans-culottes being, literally, the untrousered, those whose lives of honest toil did not permit them

to wear the fancy pants favored by the rich egoists whom they suspected of conspiring to drive up bread prices

Nota 289

Idem, p. 41:

By the close of the eighteenth century, the rhetorical of rights had proven its capacity to inspire and to motivate individuals strongly enough to undermine the established political and moral order. But it had not succeeded in establishing itself as a coherent and well-founded mode of discourse.

Nota 290 - (no corpo do texto, p. 146)

Idem, p. 42:

If civil society be the offspring of convention, that convention must be its law. That convention must limit and modify all the descriptions of constitution which are formed under it. Every sort of legislative, judicial, or executory power are its creatures. They can have no being in any other state of things; and how can man claim, under the conventions of civil society, rights which do not so much as suppose its existence? Rights which are absolutely repugnant to it?.

Idem, p. 45 (na nota de roda-pé):

Burke was making two different types of attack on the Lockean understanding of rights. The first emphasizes the indeterminacy of rights, if rights are understood abstractly rather than as conventionally defined positive rights grounded in law or at least in local or national tradition. The second is a moral attack on the idea that what rights there are might be opposed to the standards of reasonableness and utility. In short, Burke's critique combines (perhaps confuses) a conventionalistic critique of rights and a utilitarian critique (...) Rule utilitarians believe utility or 'the greatest happiness of the greatest number' to be the ultimate moral standard, but do not apply that standard directly to individual acts, but instead to categories of acts (...) Tradition and convention were important in two ways for Burke: they summarize the wisdom of ages on the subject of what does and what does not promote the welfare of all, and they are capable of inspiring an affection for what has that tendency – and without affection, people are unlikely to be moved consistently to action.

Nota 295 - (no corpo do texto, p. 148)

Idem, p. 5:

So Bentham is an important figure in the history of rights for two reasons: first, for his negative critique of the very idea of natural rights; second, for his positive account of positive – that is, legally recognized, rights.

Nota 296

JEREMY BENTHAM (*Anarchical Fallacies in The Works of Jeremy Bentham* Ed. John Bowring. Edinburg: William Tait, 1843, p. 525, *apud* WILLIAM A. EDMUNDSON, *An Introduction to Rights*, op. cit. p. 53):

Compare the list of rights, whoever they belong to, whether to the man and the citizen, or the man in society, we shall find, that between the year 1791 and the year 1795, inalienable as they are, they have undergone a change, for a set of inalienable rights they must be acknowledged to have been rather unstable. In 1791, there were but two of them – liberty and equality. By the time the second article of declaration was framed, three new ones had started up... viz, property, security, and resistance to oppression: total, four... not five; for in the same interval an accident had happened to equality, and somehow, or other it was not to be found. In the interval between

1791 and 1795 it has been found again... but looking for resistance against oppression, we shall find it kicked out of doors.

Nota 297

Idem, p. 501, *apud*, Idem p. 54:

How stands the truth of things? That there are no such things as natural rights – no such things anterior to the establishment of government – no such things as natural rights opposed to, in contradistinction to, legal: that the expression is merely figurative; that when used, in the moment you attempt to give it a literal meaning it leads to error, and to that sort of error that leads to mischief – to the extremity of mischief.

Nota 299 - (no *corpo do texto*, p. 149)

Idem, *ibidem*:

Contracts came from government, not government from contracts.

Nota 303

WILLIAM A. EDMUNDSON (**An Introduction to Rights**, p.57):

To be subject to a legal duty is simply to be subject to the command or prohibition of a person or a class of persons acting in an official capacity. Who has a legal right? The person or class of persons who benefits from the existence of a legal duty. This is what we mean when we speak of rights: duties that benefit.

Nota 304

JEREMY BENTHAM (**Of Laws in General**, Ed. H.L.A. Hart. London: Athlone Press, p. 293-294, *apud* WILLIAM A. EDMUNDSON, **An Introduction to Rights**, op. cit. p. 57):

An act is a real entity: a law is another [a law being the command or prohibition of a suitably situated person]. A duty or obligation is a fictitious entity conceived as resulting from the union of the two former. A law commanding or forbidding an act thereby creates a duty or obligation. A right is another fictitious entity, a kind of secondary fictitious entity. Resulting out of a duty. Let any given duty be proposed, either somebody is the better for it or nobody. If nobody, no such duty ought to be created: neither is there any right that corresponds to it. If somebody, this somebody is either the party bound, or some other. If it be himself, then the duty, if such it may be called, is a duty he owes himself: neither in this case is there any right that corresponds to it. If it be any other party then it is a duty owing to some other party: and then that other party has at any rate a right to have this duty performed: perhaps also a power: a power to compel the performance of such duty.

Nota 310

WILLIAM A. EDMUNDSON (**An Introduction to Rights**, p. 119-120):

Conceptual questions are questions about what rights are, what their makeup is, and what follows from an assertion that X has a right of such-and-such a description (...) Justificatory questions, in contrast, focus on the grounds for, and reasons behind, the distribution of rights. Granted that a right is a certain kind of thing, why should we think that any exist? What grounds could there be for assigning rights? What purposes do rights serve, and could we do without them? (...) The conceptual and the justificatory are mixed up to an even greater degree today, when we find ourselves well into what I have termed the second expansionary period. Many people have been alarmed that rights-discourse has been debased by conceptual clumsiness. Too many moral issues are being framed, inappropriately, in terms of rights issues, or so some fear. This could lead to a devaluation of rights and a consequent loss of their distinctive contribution to our moral thinking. Animal rights, fetal rights,

group rights, environmental rights, and so on are phrases that are feared to generate more heat than light. Accordingly, more than a few thinkers have called for greater conceptual meticulousness, and have proposed conceptual analyses that would cut down on the proliferation of rights claims.

Nota 311 - (no corpo do texto, p.154)

Idem, p. 121:

On an Interest Theory, rights exist to serve relevant interest of the right-holder, and different, specific types of Interest Theory may vary according to what 'interest' is taken to be relevant. This is not to say that the interest of others or of society do not count; it is merely to focus on the function that rights have of protecting the right-holder's interests, rather than interests generally.

Nota 312 - (no corpo do texto, p.154)

Idem, p. 121-122:

Only beings capable of having interests are candidate right-holders, but within the category of beings with interests, Interest Theory per se does not draw any boundaries (...) Interest Theory does not, by itself, identify or distinguish among interests. It does not tell us what interests are, or whether all are important enough to generate correlative duties (...) Interest Theory exhibits a kind of generative power that many find attractive, but others find disturbing.

Nota 313 - (no corpo do texto, p.154)

Idem, p. 122:

Nothing counts as a right unless it has an assignable right-holder, and no one counts as a right-holder, and no one counts as a right-holder unless she holds the option of enforcing or waiving the duty correlative to the right. Its justificatory aspect can be put this way: The function of rights is to protect and foster individual autonomy.

Nota 314

Idem, p. 123:

Thus, the linguistic conventions governing the legal use of the term rights do not behave as crude Benthamite formulation would suggest. The legal conventions tell us that the law recognizes a right in X against Y only where Y has a duty to X, and X may decide whether or not to hold Y to the duty. The legal conventions do not show that a law recognizes a right in X against Y in every case where Y is under a duty whose performance would benefit X. Rather, the existence of X's legal right depends on whether X has a power to enforce and a power to waive enforcement of a legal duty of Y's.

Nota 315 - (no corpo do texto p.155)

Idem, p. 124:

The language of the courts suggests that X's duty, once divorced from any legal enforcement power on Y's part, is no longer worth calling a legal duty: it is a merely moral one (...) a legal right, for Choice Theory, is conceptually connected with the rightholder's possession of powers of enforcement and waiver of the legal duty correlative with the right; and a legal right, for Choice Theory, cannot be adequately understood in crude Benthamite terms – namely, as a beneficial duty.

Nota 318- (no corpo do texto, p. 156)
Idem, p. 125:

Suppose there is a statute making reckless endangerment a crime, but there is no possibility of a civil recovery in tort for merely having been recklessly, though harmlessly, exposed by another to even a serious risk. Now suppose that X violates the statute by acting in a way that exposes Y to danger – say X drives at high speed on the wrong side of the freeway, endangering but not harming Y. Choice Theory will insist that there is nothing odd here about saying that, although X has violated a legal duty, X has violated no right held by Y. If we are still uncomfortable, Choice Theory will insist that we disentangle the descriptive reality – that Y has no legal right – from our evaluation of that reality – namely, that Y perhaps ought to have such right.

Nota 319- (no corpo do texto, p. 157)
Idem, p. 127:

Once Choice Theory is taken to be committed to the thesis that the sole *raison d'être* of rights is to Foster the exercise of autonomous choice, it seems do follow that the only beings eligible for right-holding are beings capable of autonomy. In particular, none of hte following will count as possible moral right-holders: infants, the mentally incompetent, the dead, the inborn, animals, the ecosystem, and artifacts and natural objects generally. Or, more precisely, no members of these categories can qualify as right-holders unless the case is made that they (and not some proxy) possess, in some sense, a capacity for autonomous choice (...) to say of creature X that X cannot possibly possess moral rights is not to say that there are no moral duties governing the treatment of X (...) Choice Theory deneis the strict propriety of attributing moral or legal rights to babies, but it is fully consistent with insisting that babies are the beneficiaries of a stringent set of moral duties borne by all members of the community of autonomous agents.

Nota 332

MICHELE TARUFFO (**I limiti soggettivi del giudicato e le class actions**. Rivista di Diritto Processuale, n. 4, Padova, 1969, 632-633):

si parla di interesse legittimo o di interesse occasionalmente protetto anche nel campo del diritto privato, e si mette in evidenza una prospettiva di pubblicizzazione del diritto privato stesso, con particolare riferimento al tipo di situazione soggettiva che sussiste quando la legittimazione a chiedere la tutela venga attributa anche a soggetti non titolari della situazione giuridica sostanziale, e quando il contenuto del diritto che costoro possono far valere sia costituito dalla legittimità di um atto giuridico.

Nota 349- (no corpo do texto p. 174)

WILLIAM A. EDMUNDSON (**An Introduction to Rights**, op. cit. p. 175-176):

Without a decent standard of living, rights of any kind are worth little (...) The economic succes of different nations requires different means, and for some nations a more authoritarian mode of governance may be needed in order to establish a decent standard of living. Accepting the autonomy and well-being of individuals as the proper end of state policy does not necessarily entail the priority of first-generation civil and political rights (...) honoring the human right to a decent standard of living requires that it have priority over certain of the first-generation civil and politcal rights (...)

Idem (na nota de roda-pé):

famine is often not a matter of food shortage but of misallocation brought on by an authoritarian government's denial of free speech and press (...) Whether or not first-generation rights deserve any theoretical priority, they are a necessary means to – rather than an obstacle to – the fulfilment of second-generation economic rights.

Nota 361

Idem, p. 177:

Third-generation rights are rights that the environment be of a certain quality, or that the economy be developed to a sufficient degree. Rights of future generations most naturally fall within the third-generation category. Third-generation rights are not communitarian, but neither are they individual rights; they have to be understood as somehow belonging to humankind without being held by anyone or any group in particular. Although third-generation rights will seem to some to be manifesto rights, at best, the fact that the classification exists at all serves to emphasize the degree to which rights talk has become an international language in which all manner of moral arguments and claims are now framed (From a radical perspective Roberto Unger (1987) proposes that the disempowered and underprivileged be given destabilization rights to disrupt concentrations of economic and political power).

Nota 362

Idem, p. 177:

As we have seen, the concept of rights is sufficiently flexible to admit many – if not all – of these expansive conceptions. To speak of a right held by future generations, or a right that the environment be unpolluted, seems to be to speak of 'what is right', rather than of a right held by any determinate individual or group – to speak, in other words, of objective rather than subjective right. But, rather than try to legislate against certain third-generation rights claims on the ground that they confuse what we have termed subjective and objective right, it may be better to note the ambiguity and then to assess each moral claim as most charitably construed.

Nota 478

NIKLAS LUHMANN (**I Diritti Fondamentali come Istituzione**, trad. Stefano Magnolo, Bari: Dédalo, 2002, p.301):

Purchè il diritto fondamentale esista e valga nella misura prevista, il cittadino è titolare del diritto e lo stato è corrispondentemente obbligato; oltre questo limite lo stato può agire liberamente e il cittadino deve accettarne le conseguenze. Con la decisione sul contenuto dei diritti fondamentali, con l'interpretazione del loro significato è stata presa una decisione sul conflitto attuale o potenziale tra stato e cittadino.

Nota 479

Idem, pp.301-302:

la situazione processuale è proiettata nell'ordine sociale, affinché dall'ordine sociale si specchino punti di vista utili per la decisione.

Idem (na nota de roda-pé):

La forma della pretesa, il risalente orientamento dello sviluppo del diritto sull'ipotesi del conflitto e, non da ultima, la circostanza che mancavano altri fondamenti ideali, hanno polarizzato i concetti fondamentali e le idee guida della dogmatica nel senso di un contrasto continuo tra stato e cittadino (...) La distorsione della realtà consiste, piuttosto, nell'assumere l'esistenza di due sole sfere contrapposte d'interesse che sono, di volta in volta, rappresentate dal ricorrente o dal convenuto.

Nota 480

Idem, p. 302:

Esso perde ogni confine interno, perchè deve accogliere i sé e coprire elementi troppo eterogenei. Si riduce ad un'ipotesi che, per motivi particolari, può essere rimossa. Il diritto di libertà si approssima in modo sorprendente all'idea di uguaglianza e sembra quasi che, con questa riconciliazione di libertà e uguaglianza, ci siamo definitivamente lasciati alle spalle il XIX secolo. Entrambi i diritti denotano solo sfumature lievemente differenti della necessità di motivare l'agire dello stato, ponendo l'accento principalmente sulla consistenza dei motivi nell'ambito dell'ordinamento giuridico vigente.

Nota 481

Idem, ibidem:

Dietro l'immutata facciata terminologica dell'ideologia liberale si compie una trasformazione della funzione dei due diritti fondamentali principali: essi perdono la loro funzione sostanziale per acquistarne una processuale. Non fungono più da criterio decisionale, ma da appiglio per i ricorsi costituzionali: consentono di motivare il ricorso al controllo costituzionale delle leggi. Il diritto di libertà del cittadino si converte, così, in un diritto di libertà del giudice.

Nota 482

Idem, p. 303:

Come decidere altrimenti quale rilevanza debba avere la protezione della dignità e della libertà nelle condizioni generali dell'ordine sociale moderno? (...) Soprattutto, come motivare altrimenti le istanze decisionali dello stato a rispettare nel proprio interesse i diritti fondamentali, se li si presenta come limiti giuridici ad esse imposti dall'esterno al loro agire e dietro i quali incombe la pronuncia giudiziaria, e non si evidenzia invece che tali diritti sono istituzioni funzionali al mantenimento della differenziazione sociale e, perciò, anche del sistema politico?

Nota 483

Idem, p. 44-45:

Ad un'osservazione sociologica i diritti fondamentali appaiono come un'istituzione. In sociologia tale concetto non indica semplicemente un complesso di norme, ma un complesso di reali aspettative di comportamento, che sono attualizzate nel contesto di un ruolo sociale e che possono comunque contare sul consenso sociale (...). Le istituzioni sono aspettative di comportamento generalizzate nella dimensione temporale, materiale e sociale e, in quanto tali, formano la struttura dei sistemi sociali.

Nota 484

Idem, p. 304-305:

la determinazione del testo costituzionale necessita senza dubbio di contenuti e a tal fine devono essere prese decisioni politiche che non dovrebbero essere sottratte all'

responsabilità politica, per essere rinviate nelle aule dei tribunali. Non si tratta di un processo di riconoscimento, che per principio è indipendente da chi lo attua, ma della definizione dei confini del sistema politico.

Nota 485

Idem, pp.310-311:

È indiscutibile che i diritti fondamentali debbano guidare la selezione dell'agire giusto, debbano cioè fungere da valori. La questione è, però, se questa caratterizzazione non resti comunque troppo superficiale, quand'anche essi siano rappresentati come valori superiori o ultimi, nel senso dell'impossibilità di effettuare ulteriori deduzioni.

Nota 486

NIKLAS LUHMANN (*The Code of Moral in Cardozo Law Review*, vol 14, Trad. Jonathan Feldstein, Artur J. Jacobson e Gabriel Motzkin, 1993, pp. 1001-1002):

A few of the unsolvable problems include the following: the question of whether communication can be understood; the incommunicability of the authenticity and sincerity of one's own intentions; and the beneficent consequences of malevolent designs, or conversely, the maleficent consequences of benevolent intentions. These problems led ethics to constitute itself anew as an academic discipline concerned with laying the foundations for moral judgments. Ethics attempted this with the help of refined theoretical constructs (transcendentalism, utilitarianism, and value-ethics) that always foundered on their inherent problems. Only at the end of our century did one find the solution of speaking of ethics without saying what one means by it.

Nota 490- (no corpo do texto p. 236)

NIKLAS LUHMANN (*I Diritti Fondamentali come Istituzione*, op. cit. p. 312):

Il concetto di valore indica un punto di vista preferenziale per determinate conseguenze dell'azione e, dunque, per determinate azioni. Come tale è istituzionalizzato nella forma del dover essere. Ciò significa che un valore è considerato giusto, anche se le conseguenze positive dell'azione di fatto non si producono (se l'agire delude) oppure se è preferito un altro agire e altre conseguenze (se l'attore delude). I valori sono, cioè, aspettative stabilizzate in modo controfattuale ed in questo sono simili alle norme giuridiche, per le quali vale lo stesso modo di essere. Tuttavia una siffatta somiglianza non può distogliere da una differenza importante e di ampia portata. Le norme giuridiche implicano un'alternativa chiara tra legalità e illegalità. Nell'universo dei valori, al contrario, non può essere introdotta una tale struttura di alternativa: sarebbe in contraddizione con la naturale situazione decisionale e con il suo ordine di valori. Una regola di preferenza è sempre anche, per forza di cose, una regola di rinuncia. Chi si orienta ad un valore, trascura gli altri. Ogni dovere esonera al contempo dalla responsabilità. Se una tale rinuncia non fosse necessaria, non ci sarebbe bisogno neanche di un orientamento al valore; l'agire giusto si comprenderebbe da sé.

Nota 491- (no corpo do texto p. 236)

Idem, p. 313:

Queste interdipendenze nascono dall'impossibilità di soddisfare tutti i valori al massimo livello contemporaneamente, in altre parole sono connaturali alla condizione umana. È questo in fondo il problema (anche se espresso in altri termini), al quale si riferisce la determinazione della giustizia come proporzione – un tale richiamo evidenzia come la moderna interpretazione della giustizia come valore non colga la grandezza del pensiero aristotelico

Nota 492- (no corpo do texto p. 237)

Idem, p. 313-314 e 315:

Di conseguenza la realizzazione dei valori deve diventare sempre più opportunistica, Il critério aristotélico del giusto mezzo si è, per così dire, messo in movimento. Sembra profilarsi, pertanto, una nuova determinazione del rapporto tra essere e tempo. La moderazione non può essere attuata nella forma dell'applicazione di un ideale astratto, di un principio rigido, ma solo a condizione di sfruttare le differenze temporali rispetto ad un'accorta variazione delle preferenze (...) La dogmatica dei diritti fondamentali, mediante la formula della ponderazione degli interessi e lo schema regola/eccezione, senza sapere perché, lascia le porte aperte a quell'opportunismo dell'approssimazione al valore. Tuttavia non può comprenderne il senso, se si limita a richiamarsi ai valori e non si chiede cosa dobbiamo mettere al posto del critério della giustizia.