
**DIREITOS FUNDAMENTAIS COLETIVOS E DIFUSOS: UM CONCEITO ACADÊMICO
ELABORADO A PARTIR DE SEUS PRESSUPOSTOS****Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez¹****Washington Eduardo Perozim da Silva²****Resumo**

O presente trabalho teve por objetivo identificar e discorrer sobre os pressupostos jurídicos dos “direitos fundamentais coletivos e difusos” e, a partir dos mesmos, elaborar um conceito para tal modalidade normativa.

Para tanto, adotou-se como principal método de trabalho o estudo da legislação nacional e a releitura de obras doutrinárias de autores como Konrad Hesse, Luigi Ferrajoli, Joaquim Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Bonavides, Virgílio Afonso da Silva, dentre outros.

Através da pesquisa realizada, ou seja, estudando-se a história, os conceitos, as funções, as dimensões e as teorias sistematizadas por Böckenförde, foi possível, não só identificar os principais pressupostos dos direitos fundamentais coletivos e difusos, mas, também, construir uma definição, a partir dos mesmos.

Assim, por coletivos e difusos, pode-se entender aqueles direitos fundamentais de natureza transindividual, positivados na constituição, passíveis de tutela estatal direta, que têm por objetivo *prima facie* a proteção de seus titulares, compreendidos aqui, como os cidadãos em geral ou uma determinada coletividade.

Logicamente, que não se pretendeu desconstruir ou questionar as definições já consolidadas pela doutrina, mas, apenas, a de contribuir com os estudos e as discussões sobre esses tipos de direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira.

Palavras-chave: Direitos fundamentais; Direitos coletivos e difusos; Histórico; Pressupostos; Conceito.

INTRODUÇÃO

O legislador brasileiro, seguindo uma forte tendência europeia – estabelecida após o final da segunda guerra mundial –, inseriu na Constituição Federal de 1988 inúmeras normas de direito fundamental.

A maioria dos especialistas atesta que tais direitos não foram concentrados apenas nos artigos 5º (direitos e garantias fundamentais), 6º e 7º (direitos sociais), mas se encontram espalhados por todo o texto constitucional, citando, como exemplo os artigos 225 (direito ao meio ambiente) e 215 (direito à cultura), etc.

¹ Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba - UNIMEP. Professor do Centro Universitário Adventista - UNASP e no Centro Universitário Salesiano - UNISAL. E-mail: equilici@unimep.br

² Mestrando em Direito - Universidade Metodista de Piracicaba/Unimep – Piracicaba/SP. Professor de Direito Civil e Direito Empresarial na DERVRY METROCAMP. E-mail: washington@perozim.com.br

Contudo, um estudo mais aprofundado comprova que legislador não pretendeu proteger apenas os direitos de caráter individual (vida, liberdade, privacidade, etc.), mas, também, aqueles de natureza transindividual.

Sem sombra de dúvidas, a proteção desses direitos transindividuais se fazia necessária, pois na sociedade moderna são inúmeras as relações fáticas e jurídicas cujo titular não pode ser identificado de forma precisa e a sua defesa somente poderia ocorrer mediante a intervenção direta do próprio Estado.

Porém, a identificação dos pressupostos desses direitos nem sempre foi tarefa fácil e, deste fato, surgiu a ideia desta pesquisa.

Portanto, este trabalho tem por objetivo identificar os principais pressupostos dos direitos coletivos e difusos e, a partir dos mesmos, elaborar um conceito para utilização no meio acadêmico.

Para tanto, adotou-se no presente trabalho o método dedutivo, porquanto, partiu-se de uma análise geral da teoria dos direitos humanos, para se estudar, em um segundo momento, os direitos fundamentais coletivos e difusos previstos no ordenamento jurídico nacional.

Como marco teórico, a pesquisa se valeu da releitura das obras de autores como Konrad Hesse, Luigi Ferrajoli, Joaquim Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, Giberto Marmelstein, Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Rodrigo de Camargo Mancuso, Virgílio Afonso da Silva, dentre outros.

Através do método de trabalho escolhido, ou seja, estudando-se a marcha histórica, os objetivos, as funções, as dimensões e as teorias sistematizadas sobre o tema foi possível identificar, a existência de, no mínimo, sete pressupostos, quais sejam: (i) a necessidade de previsão legal para a existência deste tipo de direito, (ii) a necessidade de uma proteção estatal (normativa ou procedimental) específica; (iii) a natureza transindividual; (iv) a indefinição da titularidade; (v) a forma de exercício; (vi) a necessidade de tutela judicial coletiva e, (vii) a legitimidade para a representação do titular desses direitos.

Contudo, identificou-se na transindividualidade o mais importante dos pressupostos, pois é exatamente em razão desta característica que os direitos coletivos e difusos se diferenciam dos demais direitos fundamentais.

Outrossim, uma vez encontrados os pressupostos, a elaboração da definição a que se dispôs este trabalho tornou-se possível.

Assim, tomando-se por paradigma todos pressupostos citados, definiu-se os direitos coletivos e difusos como sendo: todos aqueles direitos fundamentais de natureza transindividual, positivados na constituição, passíveis de tutela estatal direta, que têm por objetivo *prima facie* a proteção de seus titulares, compreendidos aqui, como os cidadãos em geral ou uma determinada coletividade.

Vale lembrar, que a definição apresentada está longe de esgotar ou traduzir por completo a natureza e a essência dessa modalidade normativa, no entanto, poderá auxiliar juristas e professores em futuras discussões, uma vez que a dissecação do conceito, tal como proposto, resultará na fácil identificação de seus principais

pressupostos.

BREVE HISTÓRIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA CONSOLIDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Antes de se estudar o conceito, os objetivos e as funções desta modalidade normativa é necessário que se conheça, mesmo que de forma breve, os seus marcos históricos, o seu desenvolvimento e a importância que conquistou nos ordenamentos jurídicos ao longo do tempo.

Destaca-se, desde já, que aqueles direitos que hoje são denominados “fundamentais” são o produto de movimentos sociais ocorridos ao longo da história, cujos objetivos principais eram o de (i) resguardar a dignidade do ser humano e de (ii) a criar um catálogo de proteções para que o indivíduo pudesse evitar possíveis abusos praticados por seus governantes.

Para a maioria dos historiadores, os direitos fundamentais encontram seu primeiro marco histórico, em 1215, com a redação da Carta de João Sem-Terra:

É na Inglaterra da Idade Média, mais especificamente, no século XIII, que encontramos o principal documento referido por todos que se dedicam ao estudo da evolução dos direitos humanos. Trata-se da *Magna Carta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos e barões ingleses. Este documento, inobstante tenha apenas servido para garantir aos nobres ingleses alguns privilégios feudais, alijando, em princípio, a população do acesso aos ‘direitos’ consagrados no pacto, serviu como ponto de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia de propriedade. (SARLET, 2015, p. 41)

No entanto, não se pode perder de vista que este documento tem seu valor na história por se tratar do primeiro escrito sobre o tema, já que “a ideia de justiça, de liberdade, de igualdade, de solidariedade, de dignidade da pessoa humana, sempre esteve presente, em maior ou menor intensidade, em todas as sociedades humanas”. (MARMELESTEIN, 2016, p. 29).

Outro documento que merece lugar na história é a “Petição de Direitos” (*Petition of Rights*), de 1628, contudo, foi com a revolução gloriosa (Inglaterra/1688) que os direitos fundamentais ganharam contorno no ordenamento daquele país e, conseqüentemente, na história, pois, com a edição da *Bill of Rights* os poderes monárquicos (estatais) sofreram inúmeras restrições:

Daí surge, para a Inglaterra a monarquia constitucional, submetida à soberania popular (superada a realeza do direito divino) que teve em Loke seu principal teórico e que serviu de inspiração ideológica para a formação das democracias liberais da Europa e da América nos séculos XVIII e XIX. (SILVA, 2012, p. 153)

Como consequência dos fatos ocorridos na Europa, na América do Norte, em 1776 é promulgada a “Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia” e, logo em seguida, a “Constituição Norte Americana” (1787), acrescida das emendas de 1791.

Porém, seria na França que os direitos fundamentais seriam elevados ao “status” e a proteção que possuem até os dias atuais.

Foi assim que, na esteira da revolução francesa (1788), em 27.08.1789, a Assembleia Constituinte aprovou a “Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão”; um texto, nos dizeres de José Afonso da Silva (2012 p. 158) elegante, sintético e preciso:

O texto da declaração de 1789 é de estilo lapidar, elegante, sintético, preciso e escoreito, que, em dezessete artigos, proclama os princípios da liberdade, da igualdade, da propriedade e da legalidade e as garantias individuais liberais que ainda se encontram nas declarações contemporâneas, salvas as liberdades de reunião e de associação que ela desconhecera, firmado que estava numa rigorosa concepção individualista.

Paulo Bonavides (2017, p. 576) ao apreciar o conteúdo daquela declaração de direitos, assim se manifestou:

Constatou-se, então, com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas ao passo que a Declaração Francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade.

Os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimir, eram ali ‘direitos naturais, inalienáveis e sagrados’, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e as resistência a opressão.

Ainda no tocante ao desenvolvimento histórico, deve-se fazer referência às Constituições do México (1917) e a da República de Weimar (1919) onde, pela primeira vez, os direitos sociais ganharam destaque e receberam maiores cuidados de legislador constituinte.

Após as atrocidades ocorridas na segunda guerra mundial, Assembleia Geral das Nações Unidas, no dia 10.12.1948, aprovou a “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, considerado, atualmente, o mais amplo documento criado em favor da humanidade:

A declaração de 1948 foi um marco na evolução dos direitos humanos, pois serviu de divisor entre o conteúdo, meramente declaratório, registrado nas declarações direitos humanos e a conquista da força normativa, com a constitucionalização desses direitos. Inúmeras Constituições do pós-guerra adotaram-na como fonte de inspiração. (MUNIZ, 2010, p. 144)

Sob o lema da revolução liberal-burguesa “liberdade, igualdade e fraternidade”, os direitos fundamentais se expandiram e se desenvolveram ao longo da história moderna, acompanhando os movimentos culturais e sociais de cada época; alcançando as dimensões que possuem atualmente, sendo assegurados, praticamente, em todas as cartas constitucionais democráticas:

A concepção normativa dos direitos fundamentais surge junto com a consolidação das vigas-mestras do Estado democrático de direito, exatamente quando foram criados mecanismos jurídicos que possibilitassem a participação popular na tomada de decisões políticas, bem como foram desenvolvidos instrumentos de controle de limitação do poder estatal.

(...)

Esse fenômeno teve início no século XVIII e, desde então, praticamente todas as Constituições modernas passaram a reservar um capítulo específico para positivar os direitos do homem, chamando-os literalmente de direitos fundamentais. (MARMELSTEIN, 2016, p. 38-39)

No ordenamento jurídico brasileiro, tal qual ocorrido no continente europeu, os direitos fundamentais foram se consolidando ao longo do tempo, sendo a Constituição Imperial (1824) a primeira a subjetivá-los e a positivá-los:

As constituições brasileiras sempre inscreveram uma declaração dos direitos do homem brasileiro e estrangeiro residente no país. Já observamos, antes, que a primeira constituição, no a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, foi a do Império do Brasil, de 1824, anterior, portanto, à da Bélgica de 1831, a que se tem dado tal primazia. (SILVA, 2012, p. 170)

Em que pese haver menção à direitos de natureza social (educação [instrução primária] e saúde) nota-se, pela leitura de seu artigo 178, a incontestável influência liberal-burguesa em relação à garantia dos direitos individuais: “A inviolabilidade dos direitos civis, e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição, pela seguinte maneira”.

A Constituição da República de 1891 assegurou maior ênfase que a anterior em relação ao liberalismo (ideal republicano da época), mantendo a garantia dos direitos fundamentais, sem, contudo, apresentar uma política concreta para efetivação dos mesmos.

Já no texto constitucional de 1934, concebido após a primeira guerra mundial, os direitos sociais ganharam mais robustez e proteção, graças à influência do constitucionalismo social emergente na própria Europa:

Uma importante inovação ocorre a partir da Constituição de 1934, que incorpora alguns direitos sociais, referindo-se particularmente ao ‘direito à subsistência (art. 113, *caput*), à assistência aos indigentes (art. 113, inc. 34), e também cria os institutos do mandado de segurança e da ação popular. (DIMOULIS, DIMITRI MARTINS, LEONARDO, 2014, p. 25)

No tocante à Constituição de 1937 (concebida durante o Estado Novo), pouco se alterou em relação aos direitos fundamentais individuais, preocupando-se o legislador – no caso o ditador – mais com normas no âmbito das relações trabalhistas.

Encerrada a segunda guerra chegou ao fim a ditadura Vargas e, com o novo período de redemocratização, se reestabeleceu o constitucionalismo social, promulgando-se a Carta Magna de 1946 que trouxe em seu texto algumas disposições de direitos fundamentais (artigos 129 a 144).

Tanto à Constituição de 1967 quando a Emenda Constitucional nº 01, de 1969 (que a revisou e a editou quase que por completo) trouxeram em seu bojo alguns dispositivos que configuraram verdadeiro retrocesso para os direitos civis e políticos, sem, contudo, interferir significativamente nos direitos sociais trabalhistas.

A Constituição da República (1998) destaca-se pelo tratamento privilegiado conferido aos direitos

fundamentais, positivando-os logo em seus artigos iniciais, considerado-os como cláusulas pétreas, sem falar dos inúmeros instrumentos jurídicos processuais de proteção contra o abuso do poder estatal previstos em sua redação pelo legislador constituinte:

Já partindo para o texto constitucional propriamente dito, percebe-se que o constituinte preferiu uma posição tográfica privilegiada aos direitos fundamentais, colocando-os ao logo nos artigos iniciais da Constituição (arts. 5º ao 17). Houve, nesse ponto, uma quebra da tradição constitucional brasileira, já que historicamente, as Constituições anteriores colocavam os direitos fundamentais nos capítulos finais do texto constitucional, após a disciplina da organização dos poderes e da divisão de competências. Agora, nunca simbólica demonstração de prestígio, os direitos fundamentais abrem a Constituição de 88. E mais: eles foram considerados como cláusulas pétreas, ou seja, não podem ser abolidos nem mesmo por meio de emendas constitucionais (art. 60, § 4º, inc. IV). (MARMELESTEIN, 2016, p. 65)

Nota-se no atual texto constitucional a inexistência de qualquer tipo de discriminação a direitos desta natureza, o legislador conferiu um tratamento isonômico, conferindo a todos a mesma proteção “Com efeito, verifica-se que a Constituição de 1988 tratou de forma isonômica todos os direitos fundamentais por ela consagrados, não criando mecanismos específico para proteção judicial de apenas determinado grupo de direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 115).

Virgílio Afonso da Silva (2017, p. 25) lembra que, ao contrário de algumas Constituições vigentes em países da Europa, como as de Portugal, Espanha e Alemanha, a Carta brasileira não previu qualquer tipo de regulamentação ou restrição aos direitos fundamentais:

Ao contrário do que ocorre com a constituição brasileira, que não disciplina a possibilidade de restrições e regulamentações a direitos fundamentais, há no direito estrangeiro uma grande quantidade de exemplo de constituições que, além de se referirem expressamente a possibilidades de restrições nesse âmbito, também preveem, de forma expressa uma necessária garantia a um conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Como se constata, a Constituição vigente privilegiou, de maneira nunca antes vista, a proteção aos direitos fundamentais, configurando-os, praticamente, como base imutável de todo o ordenamento nacional.

Apresentados os principais fatos da história que desecadaram o desenvolvimento e o interesse pela proteção desta modalidade normativa, torna-se possível, agora, discorrer sobre o seu conceito; os seus objetivos; suas funções e fundamento axiológico.

CONCEITO, OBJETIVO, FUNÇÃO E PRINCIPAL FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para se alcançar o objetivo desta obra, é imprescindível dissertar, mesmo que rapidamente, sobre o conceito; o objeto e a função dos direitos fundamentais.

Konrad Hesse (2013, p. 33-34) ao discorrer sobre o tema afirma que os principais objetivos desta

modalidade normativa eram o de (i) assegurar a liberdade e a (ii) dignidade humana de todos os cidadãos:

Os direitos fundamentais devem criar e manter condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e dignidade humana. Isso só se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantia em igual medida que a liberdade individual.

(...)

Essas circunstâncias forjam a singularidade, a estrutura e a função dos direitos fundamentais: garantem não só os direitos subjetivos dos indivíduos, mas também princípios objetivos básicos para o ordenamento constitucional democrático e do Estado de Direito, fundamentos do Estado constituído pelos direitos e ordenamento jurídico.

Luigi Ferrajoli (2009, p. 19) os definiu, como direitos subjetivos de todos os seres humanos, enquanto pessoas, cidadãos ou pessoa com capacidade para trabalhar:

(...) son 'derechos fundamentales' todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a 'todos' los seres humanos em cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas com capacidad para obrar; entendendo por 'derecho subjetivo' cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a um sujeto, prevista asimismo por uma norma jurídica positiva, como pressuposto de su idoneidade para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercido de éstas.

Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 405), ao estudá-los afirmou que os direitos fundamentos cumprem a função de direitos defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

(...) [1] constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual [2] implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdades positivas) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Ingo Wolfgang Sarlet (2015, p. 81) segue a concepção de Hesse para lecionar sobre tais direitos e, para tanto, o faz sob dois aspectos, um formal e outro material:

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de Konrad Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa – na sua dimensão individual, coletiva ou social – que, por decisão do expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (...). Direitos fundamentais em sentido material são aqueles que, apesar de se encontrarem fora do catálogo, por seu conteúdo e por sua importância podem ser equiparados aos direitos formalmente (e materialmente) fundamentais.

José Afonso da Silva (2012, p. 178) entende que a denominação mais adequada seria “direitos fundamentais do homem”, porque transmitiram ao intérprete da lei a concepção de mundo e traduziriam a ideologia política de cada ordenamento jurídico:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque além de referir-se a princípios que presumem a concepção do mundo informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualificativo fundamentais, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do home significa direitos

fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, somente no artigo 17.

Já Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (2014, p. 41) ensinam que são “direitos públicos-subjetivos” positivados no texto constitucional, pertencentes tanto às pessoas naturais quanto às jurídicas, que teriam por objetivo “limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual”.

George Marmelstein (2016, p. 18), por sua vez, afirma que são normas jurídicas intimamente ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, estabelecidas na lei maior de uma nação que, não só fundamentam, mas legitimam todo o ordenamento jurídico:

Os direitos fundamentais normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Com efeito, nos posicionamentos doutrinários apresentados até aqui pode-se encontrar uma certa unanimidade no que diz respeito aos objetivos desta modalidade direitos, já que todos os autores entendem que as suas principais funções são as de (i) embasar o ordenamento jurídico de um país; (ii) garantir, através ações omissivas ou comissivas pelo Estado, a “liberdade” e a “segurança” dos cidadãos (nacional ou estrangeiro, individual ou coletiva) e (iii) assegurar a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana junto à sociedade ou à nação:

(...) os direitos fundamentais destinam-se, em primeiro lugar, a assegurar a esfera de liberdade do indivíduo frente às intromissões do poder público. Ao mesmo tempo, a Lei Fundamental, que não quer ser de nenhum modo ordem neutra perante valores, erigiu na seção correspondente aos direitos fundamentais uma ordem axiológica-objetiva, e nela se expressa, com valo de princípio, um robustecimento da força normativa dos direitos fundamentais. Esse sistema de valores, cuja medula radica na personalidade humana, atuando livremente no seio da sociedade constituída, bem como na dignidade da pessoa, deve vigorar como decisão constitucional básica em todas as esferas do Direito: dele recebem orientação e impulso a legislação, a administração e atividade jurisdicional. (HESSE, 2013, p. 37-38)

Diferente não é o entendimento do professor lusitano Jorge Reis Novais (2015, p. 73), ao reconhecer no princípio da dignidade humana o principal fundamento dos direitos fundamentais:

A dignidade da pessoa humana pode, então, ser percebida como fundamento da consagração constitucional de um elenco constitucional de direitos fundamentais destinados a assegurar a autonomia, a liberdade e uma vida condigna a todos os cidadãos (incluindo-se potencialmente nesse elenco de liberdade, de igualdade, de participação política e os direitos sociais), que o Estado e os poderes públicos ficam obrigados a respeitar e a observar, não enquanto liberdade, não enquanto autolimitação livremente assumida, mas enquanto vinculação jurídica, que, se o Estado pretende reivindicar para si mesmo a qualificação como Estado de Direito, não pode se isentar.

Nota-se, assim, que a dignidade humana é a principal base axiológica dos direitos que se estudam nesta obra e, via de consequência, tem extrema relevância em seus objetivos e funções:

Em primeiro lugar, os direitos fundamentais possuem um inegável conteúdo ético (aspecto material). Eles são valores básicos para uma vida digna em sociedade. Nesse contexto, eles

estão intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder. Afinal, em um ambiente de opressão não há espaço para a vida digna. A dignidade humana é, portanto, a base axiológica destes direitos. (MARMELSTEIN, 2016, p. 16-17)

Sarlet (2015, p 102) também reconhece no mesmo princípio o núcleo axiológico desta modalidade normativa:

Inicialmente cumpre salientar que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é algo que simplesmente existe, sendo irrenunciável e inalienável na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe concedida dignidade. (...)

Além disso, como já sendo algo inerente a toda e qualquer pessoa humana, de tal sorte que todos – mesmo o maior dos criminosos – são iguais em dignidade. Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao artigo 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual ‘todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade.’

Conhecidos o conceito; os objetivos e as suas funções; sabendo-se, ainda, que o princípio da dignidade humana é o principal esteio axiológico dos direitos fundamentais, torna-se mais fácil compreender a classificação de suas dimensões, próximo assunto a ser abordado neste trabalho.

AS DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

O lema da Revolução Francesa (“liberdade, igualdade e fraternidade”), já mencionado em outra ocasião, serviu de inspiração Karel Vasak desenvolver a “teoria das gerações dos direitos.

Os direitos da primeira geração corresponderiam aqueles denominados “civis e políticos”, tendo por fundamento a liberdade:

Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, aquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (BONAVIDES, 2017, p. 577)

Já os da segunda geração seriam aqueles que teriam por parâmetro a igualdade, ou seja, os direitos de natureza social, econômica e cultural, bem como o coletivo e das coletividades:

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. (SARLET, 2015 p. 47-48)

Por sua vez, os direitos da terceira geração seriam aqueles vinculados à ideia de fraternidade (solidariedade), tais quais o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade.

Sarlet (2015, p. 49) ressalva que uma das características mais marcantes desta geração de direitos reside na sua “titularidade coletiva, muitas vezes indefinidas e indeterminável, o que se revela a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente, a qualidade de vida (...)”.

Alguns juristas, dentre os quais pode-se destacar Bonavides (2017, p. 585-586; 606) defendem, ainda, a existência da quarta e quinta gerações (direito à paz) deste tipo de modalidade normativa, aqueles assim considerados direitos à democracia, à informação e ao pluralismo:

A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem a derradeira fase de institucionalização do Estado social. São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

(...)

Tal elemento de concórdia, aliás, vai além da presente direção, propellido da necessidade de se criar e promulgar aquele novo direito fundamental: o *direito à paz* enquanto direito de quinta geração.

(...)

O direito à paz é o direito natural dos povos. Direito que esteve em estado de natureza no contratualismo de Rousseau ou que ficou implícito como um dogma na paz perpétua de Kant.

Contudo, o termo “gerações” vem sendo objeto de inúmeras críticas pela doutrina, pois, segundo alguns autores, poderia levar a incorreta ideia de substituição gradativa, de uma geração por outra, daí Sarlet (2015, p. 45) sugerir a sua substituição pela expressão dimensões:

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem preferia o termo ‘dimensões dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfi-lhar, na esteira da mais moderna doutrina.

Na mesma linha crítica, defendendo o uso do termo “dimensão” encontra-se Marmelstein (2016, p. 55-56):

A expressão *geração de direitos* tem sofrido várias críticas da doutrina nacional e estrangeira, pois o uso do termo *geração* pode dar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração para outra, o que é um erro, já que, por exemplo, os direitos de liberdade não desaparecem ou não deveriam desaparecer quando surgem os direitos sociais e assim por diante.

Além disso, a expressão pode induzir a ideia de que o reconhecimento de uma nova geração somente pode ou deve ocorrer quando a geração anterior já estiver madura o suficiente. Isso, obviamente, dificulta bastante o reconhecimento de novos direitos, sobre em países ditos periféricos (em desenvolvimento) onde sequer se conseguiu um nível minimamente

satisfatório de maturidade dos direitos da chamada ‘primeira geração’.

Em razão de todas dessas críticas, a doutrina tem preferido o termo dimensões no lugar de *gerações*, afastando a equivocada ideia de sucessão, em que uma geração substituí a outra.

Diante das lições doutrinárias mencionadas, se utilizará, doravante, a expressão “dimensão” ao invés de “geração”.

Tecidas as considerações acima, cumpre informar que, para os fins deste trabalho acadêmico, interessam apenas a análise os direitos da terceira dimensão – de natureza transindividual (coletivo ou difuso) –, contudo, antes de se avançar, se faz imprescindível conhecer algumas das teorias desenvolvidas sobre direitos fundamentais.

AS TEORIAS DESENVOLVIDAS SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS: A SISTEMATIZAÇÃO DE BÖCKENFÖRDE

Ao término de grandes revoluções sociais ou guerras sempre surgem inúmeras reflexões sobre os fatos antropológicos, políticos e econômicos que contribuíram para o conflito, no entanto, essas discussões não se circunscrevem apenas à Filosofia, à Antropologia, à Sociologia ou à Economia, tendo a Ciência do Direito importante participação neste debate.

Nesse cenário, ou seja, ao o fim da Segunda Guerra Mundial, o campo estava propício para o surgimento de novas correntes jusfilosóficas; tais como aquela que, mais tarde, viria a receber o nome de “pós-positivismo”:

Com o término da Segunda Guerra Mundial e a queda do regime nazista, os juristas europeus, especialmente os alemães passaram por uma profunda crise de identidade, típica de qualquer fase de transição.

O nazismo foi um banho de água fria para o positivismo ideológico, que até então era aceito pelos juristas de maior prestígio.

(...)

Foi diante desse ‘desencantamento’ em torno do positivismo ideológico que os juristas desenvolveram uma nova corrente jusfilosófica que está sendo chamada de pós-positivismo, que poderia muito bem ser chamado de positivismo ético já que seu propósito principal é inserir na ciência jurídica os valores éticos indispensáveis para a proteção da dignidade humana. (MARMELSTEIN, 2016, p. 09-10)

Essa releitura do positivismo clássico foi incentivada, em razão de que os principais artífices desse grande conflito mundial, a saber – os regimes fascista e nazista –, praticamente erradicaram o “Estado Constitucional” e realizaram as maiores atrocidades contra o ser humano, tendo por base o próprio ordenamento jurídico dos respectivos países:

A Constituição de Weimar nunca foi ab-rogada durante o regime nazista, mas a lei de plenos poderes de 24 de março de 1933 teve não só o efeito de legalizar a posse de Hitler no poder como o de legalizar geral e globalmente as suas ações futuras. Dessa maneira, como apontou Carl Schmitt – escrevendo depois da II Guerra Mundial –, Hitler foi conformado no poder tornando-se a fonte de toda legalidade positiva, em virtude de uma lei do Parlamento que modificou a Constituição. (LAFER, 2015)

Niklas Luhmann (2016, p. 15) assevera que essa a nova corrente jusfilosófica (pós-positivismo) foi

fundamental para romper com os velhos sistemas da dogmática jurídica e fomentar as novas “teorias do direito” que ganharam espaço na Europa com o fim da guerra:

Apenas nas três últimas décadas houve esforços que nitidamente transcenderam esse estado de coisas, sem se limitar por teorias dogmáticas ou pela ‘filosofia do direito’. Foram iniciativas que designaram suas aspirações como ‘filosofia do direito’ (no singular). Com essa rubrica, busca-se associar aspirações lógicas e hermenêuticas, institucionais (pós-positivistas) e teoria dos sistemas, teórico-argumentativos e retóricas (ou pelo menos, contribuições com base em tais abordagens) (LUHMANN, 2016, p. 15)

Assim, não foi por acaso que surgiram no velho continente, em especial na Alemanha do pós-guerra, as principais teorias sobre direitos fundamentais:

Sobre direitos fundamentais é possível formular teorias das mais variadas espécies. Teorias históricas, que explicam o desenvolvimento dos direitos fundamentais, teorias filosóficas, que se empenham em esclarecer seus fundamentos, e teorias sociológicas, sobre a função dos direitos fundamentais no sistema social, são apenas três exemplos. Difícil haver uma disciplina no âmbito das ciências humanas que, a partir de sua perspectiva e com seus métodos, não esteja em condições de contribuir com a discussão acerca dos direitos fundamentais. (ALEXY, 2017, p. 31)

Bonavides (2017, p. 631) cita Peter Häberle para afirmar que as teorias sobre direitos fundamentais são frutos dos regimes políticos, da ideologia e do pensamento filosófico de cada época:

Com efeito, tem razão o constitucionalista: as teorias dos direitos fundamentais nascem e morrem com os regimes políticos, com as ideologias, com as teorias do Estado, com os filósofos do poder, com os publicistas de governo e com os pensadores políticos.

Em que pese o tema ser empolgante, o objetivo deste artigo não é dissecá-lo, mas o de apresentar ao leitor, de forma breve e sintética, as principais teorias elaboradas sobre esta modalidade normativa.

Nessa seara destacam-se cinco grandes juristas alemães, Ulrich Scheuner, Eberhard Grabitz, Friedrich Müller e Ernst-Wolfgang Böckenförde, sendo, este último, aquele que desenvolveu a “sistematização mais influente” (ALEXY, 2017, p. 40) e mais aceita pela doutrina:

Finalmente, é de referir a classificação mais influente de Böckenförde estampada em 1974 nas páginas de uma das mais influentes revistas jurídicas da Alemanha e objeto de reprodução ulterior em outras publicações.

Trata-se de um feixe de teoria sobre direitos fundamentais que lograram a mais ampla divulgação nas letras jurídicas da Alemanha e que, segundo tudo indica, foram extraídas da Corte de Karlsruhe. (BONAVIDES, 2015, p. 645).

Segundo Böckenförde, seriam cinco as teorias sobre direito fundamentais: (i) teoria liberal ou do Estado burguês de Direito, (ii) teoria institucional; (iii) teoria axiológica, (iv) teoria democrático-funcional e, a (v) teoria social-estatal (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 127).

A teoria liberal entende que os direitos fundamentais possuem natureza estritamente subjetiva (liberdade individual) e têm por objetivo a defesa contra qualquer tipo de intervenção estatal; seriam aqueles direitos considerados como os da “primeira dimensão” (liberdade, privacidade, etc.)

Já a teoria institucional, ao contrário da anterior, defende o entendimento no sentido de que os direitos

fundamentais possuíram caráter objetivo, estabelecendo que os interesses coletivos (sociais) deveriam ser privilegiados em relação aos individuais,

(...) é nessa teoria que o conceito mesmo de direito avulta e se legitima, menos pela subjetividade individual do que pela objetividade material e social, aquela que consagra a tutela e a garantia de bens jurídicos como expressão de uma liberdade viva, real e concreta, exercitada efetivamente, normativamente e positivamente, em espaços existenciais vinculados ao ordenamento institucional. (BONAVIDES, 2015, p. 652)

Pela teoria axiológica, tais direitos não seriam mais tratados como normas, mas, como o resultado de uma opção valorativa concebida pela própria sociedade e, por essa razão, constituiriam uma ordem de valores objetivadas na constituição de um país.

Na teoria democrático-funcional, os direitos fundamentais são considerados “posições jurídicas de livre participação na comunidade”, ou seja, direitos de liberdade (em sentido amplo), de associação, de manifestação, para a formação de uma opinião pública, visando garantir o desenvolvimento do princípio democrático e a segurança das instituições que integram um país.

A última das teorias sistematizadas pelo jurista alemão, é aquela que concebe que os direitos fundamentais abrangem, não só os direitos de defesa do titular contra o Estado (de natureza subjetiva), mas, também, os direitos de prestações estatais (de natureza objetiva), vislumbrando-os com uma obrigação do Estado de promover a justiça social, recebendo, por isso, o nome de teoria social-estatal.

Apresentada a principal sistematização existente sobre as teorias de direitos fundamentais, pode-se, agora, prosseguir com o trabalho e se estudar os conceitos e classificações legais e doutrinárias sobre direitos coletivos e difusos.

DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS: CONCEITOS E CLASSIFICAÇÕES DOUTRINÁRIAS EXISTENTES

Já foi dito que o principal objetivo deste trabalho é a de se elaborar um conceito de “direitos coletivos e difusos”, a partir de seus próprios pressupostos, porém, para se alcançar tal objetivo, é necessário conhecer as definições já apresentadas pela doutrina.

Pois bem, em primeiro lugar, deve-se dizer que essa modalidade normativa é classificada como um “direito fundamental da terceira dimensão” (direito à paz, ao meio ambiente saudável, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade, à comunicação) e, portanto,

(...) diferentemente das categorias anteriores, sua defesa não se expressa pela tutela do direito de liberdade de um indivíduo em face de seu respectivo Estado, ou pela implementação dos direitos de uma determinada categoria desfavorecida. Aqui, já se trata de defender os direitos de toda humanidade, de modo que os Estados devem respeitá-los independentemente da

existência de vínculo de nacionalidade com seus titulares (neste aspecto, estes podem ser considerados ‘cidadãos do mundo’, e não de um determinado país) e, de eles se encontrarem ou não em seu território. Aliás, por humanidade compreende-se, até mesmo, a gerações futuras, os seres humanos que ainda não nasceram ou sequer foram concebidos. (ANDRADE, A.; MASSON; ANDRADE, L., 2017, p. 04)

Um dos seus principais traços característicos, senão o maior, e, que os distingue das dimensões anteriores, é a sua natureza transindividual.

Esse fenômeno, o transindividualismo, ganhou contornos jurídicos a partir do final do século XX com o crescimento da população e a massificação do consumo, circunstâncias sociais que implicou na exponencial ampliação nos interesses e na titularidade de muitos direitos até, então, considerados exclusivamente individuais (subjativos).

Assim, inúmeros grupos, classes ou categorias de pessoas – algumas indeterminadas – passaram a ser titulares de interesses e direitos, muitas vezes indivisíveis, daí o uso da expressão direito “metaindividual”, “supraindividual” ou “transindividual”:

Impende salientar (...) que a doutrina tem sustentado que os direitos transindividuais não pertencem a ninguém de forma isolada. Em tese eles transcendem o indivíduo e são conhecidos como direitos metaindividuais na medida em que atendem a direitos que estão ‘além do indivíduo’ ou, ainda, que são supra-individuais, pois se encontram ‘acima do indivíduo isoladamente considerado’. (RICHARD PAE KIM, 2012, p. 15)

Por transindividual, Hugo Mazzili (2014, p. 28) ensina que podem ser considerados aqueles direitos ou interesses cujos titulares (grupos, classes ou categorias de pessoas) são de difícil identificação ou nem mesmo podem ser identificados:

“Os interesses transindividuais são aqueles que reúnem grupos, classes, ou categorias de pessoas, como são os moradores de uma região no que diga respeito a uma questão ambiental; os consumidores do mesmo produto; os trabalhadores da mesma fábrica; os alunos do mesmo estabelecimento de ensino.

Esses direitos transindividuais, também designados “direitos coletivos em sentido amplo” foram catalogados pelo legislador nacional no artigo 81, da Lei nº 8.009/90 (Código de Defesa do Consumidor), em três grandes grupos: (i) interesses ou direitos difusos; (ii) interesses ou direitos coletivos (sentido estrito) e (iii) direitos individuais homogêneos.

Pelo dispositivo legal mencionado, entende-se como “difuso” aqueles direitos de “natureza indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos indetermináveis que compartilham da mesma situação de fato”. (MAZZILLI, 2014, p. 29)

Nesta mesma linha de raciocínio, Rodolfo de Camargo Mancuso (2013, p. 153) ensina que:

(...) são interesses metaindividuais, que, não tendo atingindo 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 fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (...), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (...). 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 no espaço.

Outrossim, consideram-se direitos “coletivos” (sentido estrito) aqueles direitos de natureza individual, indivisível, mas comuns a uma certa classe, categoria ou grupo de pessoas determináveis, ora reunidos pela mesma relação jurídica:

Os interesses coletivos são aqueles também de natureza indivisível, comuns a um grupo, classe ou categoria de indivíduos, reunidos pela mesma relação jurídica básica (como os indivíduos que assinam um contrato de adesão com cláusula abusiva – abusividade da cláusula é compartilhada em igual medida por todos os integrantes do grupo. (MAZZILLI, 2014, p. 29)

Já os individuais homogêneos seriam considerados aqueles direitos subjetivos com um traço de identidade, de homogeneidade na sua origem, não havendo qualquer impedimento que o seu titular busque individualmente a tutela para a garantia do mesmo:

Os direitos individuais homogêneos, como sua própria definição legal indica, nada mais são do que direitos subjetivos individuais com um traço de identidade, de homogeneidade, na sua origem.

Em sendo simples direitos individuais, nada obsta que seus titulares, caso preferiam, busquem individualmente sua tutela judicial. (ANDRADE, A.; MASSON; ANDRADE, L., 2017, p. 28)

Conhecidos os conceitos e classificação doutrinária existente sobre esta modalidade normativa, torna-se, possível, identificar os seus pressupostos.

PRESSUPOSTOS DOS DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS

O principal objetivo deste trabalho – reiterado várias vezes ao longo da exposição texto – é o de se apresentar um conceito de “direitos coletivos e difusos”, elaborado, única e exclusivamente, a partir de seus pressupostos.

Pois bem, na visão do jurista lusitano Jorge Miranda (2015, p. 406), entende-se por pressupostos as “condições prévias e exteriores do ato de que dependem a sua existência ou a sua formação”.

Assim, se consideraria “pressuposto” toda circunstância fática ou jurídica que, *prima facie*, implicasse na ideia ou na concretização de um determinado direito; como por exemplo o direito de propriedade que pressupõe “o uso, o gozo e a fruição do bem”, etc.

Nesse diapasão pode-se se citar sete tipos de situações que, em tese, poderiam ser consideradas como “pressupostos dos direitos fundamentais coletivos e difusos”, quais sejam: (i) a necessidade de previsão legal; (ii) a necessidade proteção estatal (procedimental ou normativa) específica; (iii) a natureza transindividual; (iv) a titularidade; (v) a possibilidade do exercício de tutela através de ações judiciais; (vi) a necessidade de substituir o acesso individual dos titulares do direito, pelo coletivo; (vii) a legitimidade para representação ou assistência

judicial desses titulares.

O primeiro deles – a previsão legal – decorre do próprio conceito de “direito fundamental” estudado anteriormente, pois, para ser considerado com tal, há necessidade de existir a sua previsão (positivação) no texto constitucional:

Em que pese os dois termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (...). (SARLET, 2015, p. 29)

Na Constituição atual os “direitos coletivos e difusos” são facilmente identificáveis nos artigos 5º, XXXII (proteção ao consumidor); 24, XIV (proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; XV (proteção à infância e à juventude) e 225 (proteção ao meio ambiente).

Deste primeiro, já se pode encontrar o segundo pressuposto, pois, em todos os dispositivos mencionados é recorrente a diretriz normativa da “proteção estatal” (normativa ou procedimental):

Além da clássica função dos direitos fundamentais como mecanismo de defesa do indivíduo em face das intervenções do Estado – ou seja, a abstenção estatal –, as disposições de direitos fundamentais muitas vezes abrigam normas que demandam de prestações positivas por parte do poder público. Esses direitos ações estatais positivas, também chamados de direitos a prestações em sentido amplo, são necessários para a satisfação dos direitos fundamentais que exigem uma postura ativa do Estado, isto é, que algo seja provido pelo poder público. Os direitos a prestação sem sentido amplo não abrangem somente as prestações fáticas (...), incluindo prestações normativas (consistente na produção de leis) ou na criação de normas organizadoras e procedimentais. (FAUSTO KOZO MATSUMOTO KOSAKA, 2012, p. 303-304)

A proteção prevista para estes tipos de direitos (coletivos e difusos) – geralmente pautada nos princípios da precaução e prevenção –, é um dos pressupostos mais relevantes, haja vista que, nem sempre os seus titulares possuem condições de se defender ou, na maioria das vezes, sequer, são identificados, como ocorre nos casos de danos ambientais.

Quer seja através da criação de microssistemas legais, tais como o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.009/90); o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13146/15) ou através de representação judicial – como ocorre na ação civil pública – o Estado realiza o seu dever de proteção (normativa ou de procedimento).

A natureza transindividual, por sua vez, seria o terceiro – e mais importante – pressuposto desta modalidade normativa, conforme explicitado no item anterior.

Outrossim, não se pode esquecer que esses tipos de direitos transcendem ao indivíduo e não pertencem a ninguém de forma específica e, desta particularidade decorre o seu quarto pressuposto, entendido aqui como a titularidade:

Discordando daqueles que no caso dos direitos transindividuais, em especial, no caso dos direitos difusos os titulares dos direitos, no nosso entender, não há dúvida de que os titulares são todos os cidadãos componentes da sociedade. Aliás, o titular dos direitos individuais são sempre os cidadãos, que sofrerão as consequências da violação a esses direitos coletivos e difusos. (RICHARD PAE KIM, 2012, p. 19-20)

Pela lição acima, seriam considerados “titulares dos direitos coletivos e difusos” todos os cidadãos componentes da sociedade.

O quinto pressuposto corresponde à possibilidade de se exercitar esses direitos através de ações judiciais “independentemente da espécie de interesse, ou melhor, de direito fundamental transindividual, não há como se afastar o reconhecimento de que esses direitos só existirão quanto passíveis de tutela por meio de ação”. (RICHARD PAE KIM, 2012, p. 19).

Contudo, em decorrência da transindividualidade torna-se extremamente difícil que esse “direito de ação” seja exercido individualmente, circunstância fática que configuraria o sexto pressuposto, correspondente à “busca da tutela judicial coletiva”:

O que caracteriza os direitos transindividuais ‘não é apenas o fato de serem compartilhados por vários titulares individuais reunidos pela mesma relação fática ou jurídica, mas também pela necessidade de se substituir o acesso individual à justiça por um acesso coletivo, solucionando o conflito adequadamente e evitando insegurança jurídica, o que muitas vezes exige a eleição pela lei de determinadas pessoas ou órgãos, para agir como legitimado ativo nestas demandas. (RICHARD PAE KIM, 2012, p. 20).

Em razão da necessidade de se ter um acesso coletivo, surge o último pressuposto; a “legitimidade para a representação do titular de direito” que, ao lado da proteção estatal e da transindividualidade, talvez seja o que melhor corresponda à ideia de “direitos coletivos e difusos”.

Assim, por exemplo, o Ministério Público possui legitimidade para, em nome dos interesses dos cidadãos (representação judicial), ingressar com as ações judiciais (ações civis públicas, ações de improbidade administrativa, mandado de segurança coletivos, ações populares, etc.), afim de prevenir ou corrigir as eventuais lesões impostas aos consumidores, ao meio ambiente etc; enquanto que os órgãos representantes de classes, tais como os sindicatos, poderiam representar os interesses de sua coletividade através da substituição processual nas ações coletivas.

Identificados os pressupostos, apresentar-se-á, a seguir, uma definição elaborada a partir dos mesmos.

DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS: CONCEITO ELABORADO A PARTIR DE SEUS PRESSUPOSTOS

A partir da pesquisa realizada neste trabalho podem ser considerados direitos coletivos e difusos: todos aqueles direitos fundamentais de natureza transindividual, positivados na constituição, passíveis de tutela estatal

direta, que têm por objetivo *prima facie* a proteção de seus titulares, compreendidos aqui, como os cidadãos em geral ou uma determinada coletividade.

Logicamente, a definição proposta está longe de esgotar ou traduzir o completo sentido e essência desses direitos transindividuais, no entanto, poderá auxiliar juristas e professores no aprofundamento e discussões sobre o tema, haja vista que dissecação do conceito, tal como proposto, resultará na fácil identificação de sua natureza jurídica e seus principais pressupostos.

CONSIDERAÇÕES FINAS

A atual Constituição da República contempla um catálogo considerável de direitos fundamentais; no entanto, um estudo mais aprofundado comprova que o legislador nacional não pretendeu proteger apenas aqueles de caráter individual, tais como a vida, a liberdade, ou a privacidade, mas, também, aqueles de natureza transindividual.

Todavia, a identificação *prima facie* dos pressupostos jurídicos desses direitos fundamentais transindividuais nem sempre foi tarefa fácil e, desta necessidade surgiu este trabalho.

Então, o presente artigo teve por objetivo identificar os principais pressupostos daquele tipo de modalidade normativa e, a partir dos mesmos, elaborar um conceito acadêmico.

Para tanto, adotou-se como principal método de trabalho o estudo da legislação nacional, além da releitura das obras doutrinárias de Konrad Hesse, Luigi Ferrajoli, Joaquim Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, dentre outros autores.

No decorrer da pesquisa, ou seja, após se estudar a legislação nacional, os principais acontecimentos históricos, as funções, as dimensões e as teorias sistematizadas por Böckenförde foi possível constatar a existência de, no mínimo, sete pressupostos, quais sejam: (i) a necessidade de previsão legal para a existência deste tipo de direito, (ii) a necessidade de uma proteção estatal (normativa ou procedimental) específica; (iii) a natureza transindividual; (iv) a indefinição da titularidade; (v) a forma de exercício; (vi) a necessidade de tutela judicial coletiva e, (vii) a legitimidade para a representação do titular desses direitos.

Contudo, identificou-se na transindividualidade o mais importante dos pressupostos, pois é exatamente em razão desta característica que os direitos coletivos e difusos se diferenciam dos demais direitos fundamentais.

Ao final, levando-se em consideração todos os pressupostos estudados, elaborou-se um conceito concreto que poderá ser utilizado nos meios acadêmicos para definir esta modalidade normativa tão peculiar.

Assim, por direitos coletivos e difusos podem ser compreendidos: todos aqueles direitos fundamentais de natureza transindividual, positivados na constituição, passíveis de tutela estatal direta, que têm por objetivo

prima facie a proteção de seus titulares, compreendidos aqui, como os cidadãos em geral ou uma determinada coletividade.

Logicamente, não se buscou aqui a realização de uma análise teórica que se esgota em si mesma; pretendeu-se, pelo contrário, não só contribuir para a discussão sobre direitos, mas também fornecer subsídios para a atividade acadêmica, jurisprudencial e, especialmente aquela ocupada com a proteção dos direitos fundamentais.

COLLECTIVE AND DIFFUSE FUNDAMENTAL RIGHTS: AN ACADEMIC CONCEPT DEVELOPED FROM THEIR ASSUMPTIONS

Abstract

The purpose of this study was to identify and discuss the juridical assumptions of "collective and diffuse fundamental rights" and, from them, to elaborate a concept for such normative modality.

The main method of work was the study of national legislation and the re-reading of doctrinal works by authors like Konrad Hesse, Luigi Ferrajoli, Joaquim Gomes Canotilho, Ingo Wolfgang Sarlet, Paulo Bonavides, Virgílio Afonso da Silva, among others.

Through the research carried out, that is, by studying the history, concepts, functions, dimensions and theories systematized by Böckenförde, it was possible not only to identify the main presuppositions of collective and diffuse fundamental rights, but also to construct a definition, from them.

Thus, by collective and diffuse, one can understand those fundamental rights of a transindividual nature, posited in the constitution, subject to direct state tutelage, whose primary objective is the protection of their holders, understood here, as citizens in general or a determined collectivity.

Of course, it was not intended to deconstruct or question the definitions already consolidated by the doctrine, but only to contribute to the studies and discussions on these types of fundamental rights foreseen in the Brazilian Constitution.

Keywords: Fundamental rights; Collective and diffuse rights; History; Assumptions; Concept.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**. São Paulo: Forense, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2ª ed. 3ª Tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**, prólogo de Francisco J. Bastida; trad. de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, 1.a ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-

Baden, 1993. netración e influencia.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DIMOULIS, DIMITRI. MARTINS, LEONARDO. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4ª ed. Madri: Trota, 2009.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

KIM, Richard Pae. Titularidade dos direitos fundamentais difusos e coletivos (p. 11-24). In: I – KIM, Richard Pae.; II – BARROS, Sérgio Resende de.; III – KOSSAKA, Fausto Kozo Matsumoto. (orgs.). **Direitos fundamentais coletivos e difusos: Questões sobre fundamentalidade**. São Paulo: Verbatim, 2012.

KOSAKA, Fausto Kozo Matsumoto. O princípio da precaução e o direito difuso à proteção da vida, da saúde e da segurança do consumidor (p. 302-334). In: I – KIM, Richard Pae.; II – BARROS, Sérgio Resende de.; III – KOSSAKA, Fausto Kozo Matsumoto. (orgs.). **Direitos fundamentais coletivos e difusos: Questões sobre fundamentalidade**. São Paulo: Verbatim, 2012.

LAFER, CELSO. **A Reconstrução dos direitos humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana: Dignidade e direitos fundamentais**. Vol.1. Coimbra: Almedina, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. 2ª Tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos fundamentais**. 2ª ed. 4ª Tiragem, São Paulo: Malheiros, 2017.

Trabalho enviado em 23 de novembro de 2017.

Aceito em 18 de fevereiro de 2018.