

DO DIREITO SOCIAL AOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS

Tese apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como pré-requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientador

Prof. Dr. Jose Alcebíades de Oliveira Junior

Banca Examinadora

Prof. Dr. Guilhem Dezeuze - Univ. Montpellier I

Prof. Dr. Jose Ribas Vieira - PUC/RJ

Prof. Dr. Luis Alberto Warat - UFSC/SC

Prof. Dr. Clovis de Souto Goulart - UFSC/SC

Prof. Dr. Cesar Luiz Pasold - UFSC/SC (suplente)

Florianópolis/1995

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

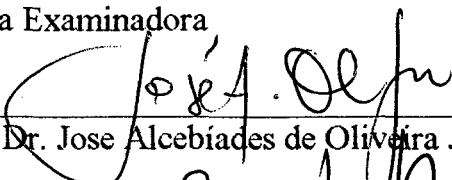
TESE: DO DIREITO SOCIAL AOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Elaborada por: **JOSE LUIS BOLZAN DE MORAIS**

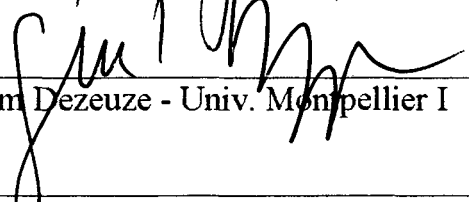
E aprovada, com distinção e louvor, por todos os membros da Banca Examinadora, foi julgada adequada para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Florianópolis, 08 de Agosto de 1995.

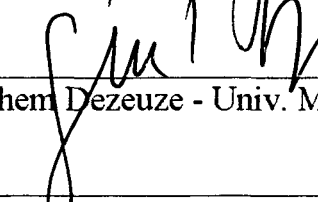
Banca Examinadora



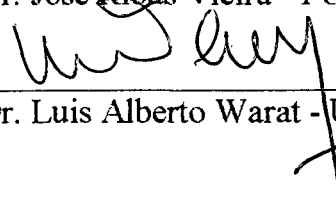
Prof. Dr. Jose Alcebiades de Oliveira Jr. - Presidente



Prof. Dr. Guilhem Dezeuze - Univ. Montpellier I

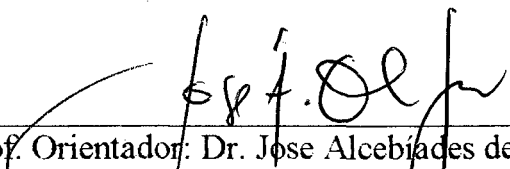


Prof. Dr. Jose Ribes Vieira - PUC/RJ

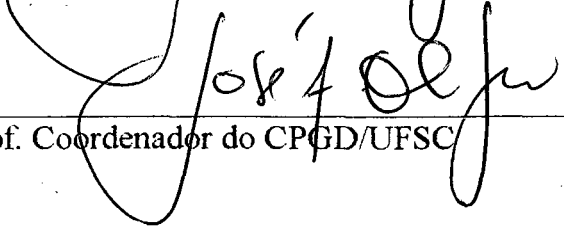


Prof. Dr. Luis Alberto Warat - UFSC

Prof. Dr. Clovis de Souto Goulart - UFSC



Prof. Orientador: Dr. Jose Alcebiades de Oliveira Jr.



Prof. Coordenador do CPGD/UFSC

*...uma indagação consoladora: será que a criação não está no roteiro? Consolo do aprendiz de historiador: pretende ser o inventor de sua história, desconhecendo que também o roteiro não é de sua plena autoria. Por outro lado, satisfação: quantos acompanhantes de travessia! Eis aí a identificação, permitindo sentimento de pertinência coletiva. Ainda mais que muitos não foram convidados: por diferença, ignorância ou esquecimento. Saber, ao menos, que muitos estão presentes apesar de não citados e, talvez, mais ainda, por isso mesmo: marcas para além da autoria. (Heloisa Fernandes, *Temporalidade e Subjetividade*, in *O Tempo do Desejo*. São Paulo: Brasiliense. 1989.)*

AGRADECIMENTOS

À Universidade Federal de Santa Maria - Faculdade de Direito, pelos entraves deixados de lado.

À CAPES, pelo financiamento concedido.

À Université de Montpellier I - Centre d'Etudes et de Recherches sur la Théorie de l'Etat (CERTÉ) e seu diretor Prof. Dr. Michel Miaille, pela acolhida em terras francesas.

Ao Instituto Internacional de Sociologia Jurídica de Oñati, pelas portas abertas.

Ao CPGD/UFSC: aos professores, pela partilha de seus saberes e, aos funcionários - em especial Dilsa e Rose - pelo tratamento eficiente e carinhoso.

Ao Prof. Dr. Jose Alcebiades de Oliveira Jr., pela conduta precisa na orientação de nossos trabalhos.

Ao Prof. Dr. Guilhem Dezeuze, pela disposição em trilhar caminhos novos em Montpellier.

Aos Profs. Drs. Luis Alberto Warat, Leonel Severo Rocha, Maurício Batista Berni, por nos emprestarem o seu convívio.

Aos, colegas, Profs. Msc. Luiz Ernani Bonesso de Araujo, por estar sempre, com sua postura missioneira, pronto a prestar o seu auxílio e Sergio Cademartori, pelos ensinamentos de graduação.

Àqueles não mencionados, o silêncio lhes toca como símbolo de meus sentimentos.

Aos meus familiares que, de longe, pude perceber a verdadeira dimensão de seus sentimentos.

Aos meus pais, Cesario e Almerinda, espero compensar com o trabalho meu silêncio tímido. Obrigado pela vida que nos entregaram.

À Giulia, minha italianinha de cachos negros, que o seu sorriso não tenha se perdido nas páginas deste trabalho.

À Eliane,
Você tem que vir comigo em meu caminho
E talvez o meu caminho seja triste pra você
(Vinicius de Moraes, Minha Namorada)

RESUMO

O trabalho que ora apresentamos propõe o estudo das implicações no campo jurídico geradas pelas transformações do Estado, bem como busca contribuir teórica e doutrinariamente para a discussão acerca dos emergentes interesses transindividuais.

Para a concretização deste objetivo o mesmo foi organizado da seguinte maneira: 1)um estudo do modelo de ordem jurídica, como sendo o produto da organização normativa do Estado, bem como do desenvolvimento e da transformação da estrutura e do conteúdo do Estado de Direito, visto sob três caracterizações distintas - o Estado Liberal de Direito, o Estado Social de Direito e, finalmente, o Estado Democrático de Direito; 2)por outro lado, como contraponto à esta pretensão monista do Direito, desenvolve-se um estudo que visa rediscutir a idéia de direito social, utilizando-a, não para pretender a ocorrência de um pluralismo jurídico mas, sobretudo, para recuperar alguns pressupostos que apontam suas características de um direito comunitário cujos interesses são compartilhados, de um direito de cooperação, de um direito solidário, de um possível direito estatal da democracia; 3)a seguir passa-se à definição do conteúdo próprio aos interesses transindividuais - coletivos e difusos -, suas distinções referentemente, em especial, aos interesses individuais e sua diversa relação com o Estado e; 4)por fim, projeta-se a possibilidade de utilização destes conceitos no trato da ordem jurídica brasileira, particularmente com referência à constitucionalização do Estado como Democrático

de Direito e seus reflexos na definição de direitos e garantias, bem como na revisão dos instrumentos de asseguramento dos mesmos e no debate sobre novos mecanismos, consensualizados, para a solução de controvérsias.

Assim, busca-se sustentar que, à passagem do modelo liberal de Estado de Direito para o seu protótipo Democrático de Direito corresponde o equacionamento de uma nova conflituosidade, a qual incorpora a problemática dos interesses transindividuais. Esta, por sua vez, irá expor a ineficácia e/ou insuficiência dos mecanismos tradicionais de jurisdição, seja pela compreensão de que ao Direito não se atrela mais o caráter da exclusividade, seja pela pressuposição de que as desavenças, face às suas conseqüências partilhadas, necessitam respostas construídas a partir de um outro paradigma que não o conflitual, próprio aos interesses de feição individual.

A revisão desta temática indica a possibilidade de se repensar o modelo - em crise - do Estado do Bem-Estar Social, revitalizando-se as suas bases fundantes, quais sejam: a solidariedade e os direitos sociais.

RÉSUMÉ

Le travail que nous présentons ici, propose l'étude des implications produits, dans le champ juridique, par les transformations de l'Etat et cherche à contribuer du point de vue théorique et doctrinaire à la discussion autour des intérêts transindividuels émergents.

Pour atteindre à cet objectif, nous l'avons organisé de façon suivante: 1)une étude du modèle d'ordre juridique, en tant que produit de l'organisation normative de l'Etat, aussi bien que du développement et de la transformation de la structure et du contenu de l'Etat de Droit, vu sous trois caractérisations distinctes - l'Etat Libéral de Droit, l'Etat Social de Droit et finalement l'Etat Démocratique de Droit; 2)d'autre part, comme contrepoid à cette prétention moniste du Droit, nous développons une étude qui vise à rediscuter l'idée de droit social, en l'utilisant non pas pour prétendre à l'établissement d'un pluralisme juridique mais surtout pour récupérer quelques présupposés indicateurs des caractéristiques d'un droit communautaire dont les intérêts sont partagés, d'un droit de coopération, d'un droit solidaire, d'un possible droit étatique de la démocratie; 3)ensuite, nous passons à la définition d'un contenu propre aux intérêts transindividuels - collectifs et diffus -, leurs différences surtout par rapport aux intérêts individuels et leur relation avec l'Etat; 4) et, finalement, nous envisageons la possibilité d'utilisation de ces concepts dans l'étude de l'ordre juridique brésilien, en ce qui concerne la constitutionalisation d'un Etat Démocratique de Droit et ses répercutions sur la définition des droits et des

garanties, aussi bien que sur la révision des instruments de consolidation de ceux-là et dans le débat autour des nouveaux mécanismes consensualisés pour la solution de controverses.

Aussi, cherchons-nous à soutenir que, au passage du modèle libéral d'Etat de Droit à son prototype Démocratique de Droit correspond la solution d'un nouveau type de conflit qui incorpore la problématique des intérêts individuels. Celle-ci, à son tour, va exposer l'inefficacité et/ou l'insuffisance des mécanismes traditionnels de juridiction, soit par la compréhension qu'on n'attribue plus au Droit le caractère d'exclusivité, soit par la supposition que les querelles, face à leurs conséquences partagés, ont besoin de réponses construites à partir d'un autre paradigme que le non conflictuel, propre aux intérêts de type individuel.

La révision de cette thématique ouvre la possibilité d'une remise en question du modèle - en crise - de l'Etat-Providence, tout en faisant rétablir ses fondements, à savoir: la solidarité et les droits sociaux.

ABSTRACT

The study presented here has two aims, first, the analysis of the implications of changes in the State in the judicial field. Second, this study discusses, based on theory and doctrine, the emergent transindividual interests.

This study has the following organization: (1) an analysis of the judicial organization model, as a product of the normative model of the State, as well as a product of the development and transition of the structure and extent of the State, analyzed from three perspectives: Liberal, Social and Democratic; (2) contrary to the monist view of the legal systems, this study develops the idea of a social law in the sense of a community law whose interests are shared, a cooperation law, a solidarity law, and a possible state law of democracy; (3) the third issue of this study concerns the transindividual interests and their broad relation with the State; (4) finally, there is an attempt to project the usefulness of these concepts in the Brazilian legal order, particularly in relation to the constitution of the State as Welfare State and its effects in the definitions of the rights and guarantees. As well as in the review of the instruments to assure their use, and the deliberation about new instruments to solve controversies.

The movement from a liberal Welfare State to its prototype the Democratic Law corresponds to the solution of a new problem which involves the problems of transindividual interests. This will demonstrate the efficacy and/or

insufficiency of the traditional legal instruments, either by the comprehension that the law can not be exclusive but has to share its benefits and disadvantage; or by the supposition that disagreements need answers constructed from another paradigm, but not the conflict representative of the individual interest.

The review of this issue indicates the possibility of rearranging the model - in crisis - of the Welfare State, by the revitalization of its pioneering bases: the solidarity and the social rights

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- ACP - Ação Civil Pública
- AP - Ação Popular
- CCon - Código do Consumidor
- CF - Constituição Federal
- CFB - Constituição Federal Brasileira
- CLT - Consolidação das Leis do Trabalho
- DS - Direito Social
- EBE - Estado do Bem-Estar
- ECA - Estatuto da Criança e do Adolescente
- ED - Estado de Direito
- EDD - Estado Democrático de Direito
- EP - Etat-Providence
- IT - Interesses Transindividuais
- ONU - Organização das Nações Unidas
- OMS - Organização Mundial da Saúde
- WS - Welfare state

DO DIREITO SOCIAL AOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

INTRODUÇÃO	18
Cap. I - O DIREITO ESTATAL DAS COLETIVIDADES ...	29
1.1. A Estatalidade do Direito	29
1.1.1. Premissas Básicas	32
1.1.2. O Papel do Contratualismo	35
1.1.3. O Problema da Soberania	46
1.2. O Ordenamento Jurídico Estatal	53
1.2.1. O Problema da Hierarquia	55
1.2.2. O Problema da Coerência	62
1.2.3. O Problema da Completude	66
1.2.4. O Problema das Relações entre Ordenamentos	74
1.3. O Direito do Estado e o Estado de Direito	78
1.3.1. A Apresentação do Estado de Direito	82
1.3.1.1. O Estado Liberal de Direito	85
1.3.1.2. O Estado Democrático de Direito	89
1.3.2. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito	94

Cap. II - DIREITO vs. SOCIEDADE	105
2.1. Considerações Gerais	105
2.2. O Direito da Sociedade: a idéia de direito social	111
2.3. Características do Direito Social	119
2.3.1. Os Fatos Normativos	122
2.4. Espécies de Direito Social	126
2.4.1. Direito Social Objetivo e Subjetivo	127
2.4.2. Direito Social Organizado e Inorganizado	129
2.4.3. Direito Social Particular e Comum	130
2.4.4. A Pureza do Direito Social	131
2.5. O Direito Social como Ordem de Integração	134
2.5.1. Individual vs. Social	138
2.5.2. Ordem Estatal e Ordem Integrativa	143
2.6. O Direito Social Condensado	146
2.7. Democracia e Direito Social	149

Cap. III - OS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS.....	166
3.1.Premissas Introdutórias	166
3.2.Direito vs. Interesse	190
3.2.1.Interesses Individuais	201
3.2.2.Interesse Público	211
3.2.3.Interesses Individuais Homogêneos	214
3.3.Uma Nova Ordem de Interesses: os interesses transindividuais	215
3.3.1.Considerações Gerais	216
3.3.2.Os Interesses Coletivos	222
3.3.3.Os Interesses Difusos	235
3.3.4.A Complexidade do Direito	251
Cap. IV - OS ASPECTOS NORMATIVOS DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS	260
4.1.Considerações Gerais	260
4.2.As Gerações de Direitos	261
4.3.A Constitucionalidade dos Interesses Transindividuais	272

4.4.A Atualidade dos Direitos Sociais	286
4.4.1.A Questão da Qualidade de Vida	287
4.4.2.Novos Direitos e Direitos Renovados	293
4.4.3.A Saúde como Qualidade de Vida	294
4.5.O Problema da Tutela Coletiva	298
4.5.1.A Ação Popular	302
4.5.2.A Ação Civil Pública	306
4.5.3.O Código do Consumidor	310
4.6.Juiz Conflicto e Juiz Consensual	314
4.6.1.A Consensualidade do Conflito	317
CONCLUSÃO	331
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	353

INTRODUÇÃO

O estudo dos direitos de índole coletiva, que aqui agruparemos sob o nome *transindividuais*, nos moldes acolhidos pela Lei 8078/90 (Código do Consumidor), a fim de que conjuguem tanto os de natureza coletiva, como os *difusos* propriamente ditos, além dos demais *interesses transpessoais* - embora cada um deles carregue matizes próprios que os aparta do âmbito desta pesquisa - é indispensável à compreensão efetiva da realidade jurídica que se coloca após a emergência do *Estado de Bem-Estar Social* e a transformação da sociedade contemporânea.

Muito embora revisitemos alguns temas tradicionais do Direito e da Política - tais como as noções de Estado de Direito e de Estado do Bem-Estar Social -, o que nos move, em particular, é a tentativa de repensar os mesmos, tendo como referencial inflexivo as transformações que ocorrem no Direito com a inserção, em seu universo, de novas realidades que operam alterações fundamentais em seu conteúdo. Estas são, em especial, aquelas situações novas que impelem o Direito na direção de fatos regulados para coletividades e não, como tradicionalmente, para indivíduos. Neste sentido, nosso trabalho se dirige à tentativa de aproximar a transformação operada no Estado, daquela acontecida no Direito, oferecendo uma composição renovada da realidade jurídica, na qual prevalecem, em importância, situações coletivas em detrimento das individuais.

Deve-se ter assente, desde logo, que há uma discussão tradicional à teoria jurídica que subjaz o debate ora proposto. Qual seja: a elaboração de um modelo de ciência que dê sustentação à construção da juridicidade estatal liberal. E, esta ciência será formal, objetiva e neutra, desideologizando o Direito, impondo barreiras à concretização jurídica de interesses que lhes sejam incompatíveis ou contraditórios, tais, e.g., os direitos sociais. Será o aprofundamento dos interesses transindividuais que irá impor fissuras intransponíveis nesta cientificidade prometida.¹

Faremos tal estudo em um âmbito comparativo-evolutivo com a teoria do *direito social*, particularmente aquela produzida por Georges Gurvitch. Este esforço nos permitirá traçar alguns balizamentos entre uma idéia de um direito de índole transpessoal e aquela consagrada nos limites do direito individual, bem como possibilitará construirmos um referencial teórico primário e básico para a formulação da idéia de interesse transindividual e sua eventual inserção particularizada ao caso brasileiro.

A contraposição entre o direito social, em sua matriz original, e os interesses transindividuais contemporâneos, implica a transposição de muitos limites, em especial aquele que vincula o direito social a uma normatividade produzida pela sociedade - pelos grupos sociais - em dissintonia com a ordem jurídica estatal pois, como se percebe nas manifestações da juridicidade transpessoal, os interesses coletivos e difusos se utilizam dos mecanismos do Direito estatal para se expressarem.

¹ Este debate foi amplamente tematizado na obra de Luis Alberto Warat, podendo-se mencionar, entre outros, os livros: *O Direito e sua Linguagem*. Porto Alegre: Safe. 1984; *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Síntese. 1979; *Introdução Geral ao Direito*. v. 1. Porto Alegre: Safe. 1994 e *Introdução Geral ao Direito*. v. 2, no prelo.

Esta realidade pode ser discutida sob duas vertentes. Por um lado, podemos supor que o que se alterou foi o Direito, tendo sofrido, no transcurso do último século, a influência de novas realidades; por outro, podemos ver aqui o simples fortalecimento da juridicidade estatal em detrimento de uma normatividade produzida pela sociedade, no sentido proposto por Gurvitch onde o direito era social, em especial, por ser produzido a partir da sociedade ela-mesma, alheia ao Estado.

Há, sem dúvida, algumas imbricações entre a emergência dos interesses transindividuais e a sua incorporação à ordem jurídica do Estado. Podemos supor, e.g., que tal se deva à própria ineficácia da idéia de um pluralismo de ordens jurídicas baseadas nos grupos sociais para fazer frente aos dilemas que afligem a sociedade como um todo, como é próprio àqueles interesses conceituados como difusos.

A transformação que se opera no Estado, desde a formulação do *Estado Mínimo* (*État Gendarme*) impregnado por toda a teoria liberal que vem se formulando desde há muito, com o *protoliberalismo* e suas posteriores reformulações/ampliações², significou a incorporação de um contingente crescente de conteúdos na vida pública e, com isso, a atuação do poder público se transforma consideravelmente. De garantidor da ordem e segurança, passa à interferência nos espaços antes reservados exclusivamente à Sociedade Civil. Esta reviravolta tem, ainda, um fator condicionante, qual seja, a(s) revolução(es) industrial(is) e seu(s) reflexo(s) - urbanização, proletarização, etc - além de outros fatores que irão operar mudanças radicais no conteúdo do Estado Liberal. A *sociedade de massas* impõe

² Ver MERQUIOR, Jose Guilherme. *O Liberalismo - Antigo e Moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991.

uma saída da passividade pública e uma reversão do sentido negativo da atividade jurídico-política estatal para uma atitude promocional-positiva.

Reflexamente, deve-se compreender, a partir da aceitação da *inevitável permanência do Direito como mediador de conflitos*, a reformulação total do Direito, desde, em especial, a sua transformação material, onde passam a ter maior relevância situações que envolvem disputas, litígios e pretensões transpessoais. De uma feição eminentemente liberal-individualística, baseada na apreensão exclusiva/egoísta de bens e direitos, caminha-se para a sistematização e normatização dos nomeados interesses transindividuais, onde o núcleo não mais está no indivíduo, como mônada isolada, mas no "coletivo" l.s. e sua titularidade encontra-se dispersa nele. As novas situações conflituosas definem, então, uma nova conformação para o Direito, que tem na legislação social seu referencial primário.

Neste sentido, ilustrativamente, podemos apontar a total inadequação contemporânea de trabalharmos o fenômeno jurídico tendo em mente, ainda, os tradicionais problemas - comumente utilizados nos cursos jurídicos - que envolvem disputas entre "Caio e Tício", onde ambos representam as figuras típicas da conflituosidade jurídica, ou seja, indivíduos que buscam a satisfação de pretensões de caráter pessoal. A importância dos embates intercoletivos, todavia, assume uma relevância tal que, mesmo com a permanência das pendengas interindividuais, impõe-se pensar o Direito tomando-os privilegiadamente. Não se pode pensar o Direito, hoje em dia, ignorando-se a ocorrência de litígios que envolvem, ativa ou passivamente ou, ainda, em ambas as partes da demanda, pretensões que têm a amplitude alargada, cujos reflexos irão atingir um sem número de pessoas que se

encontram envolvidas em demandas cujo objeto diz respeito a comunidades inteiras de pessoas - interesses coletivos - ou mesmo conjuntos indeterminados de indivíduos - interesses difusos.

"Caio e Tício" permanecem, mas são sobrepujados pela transcendência do caráter individual das pretensões jurídicas que dizem respeito a problemas de natureza transindividual, seja os relacionados aos interesses emergentes do aprofundamento das sociedades de massas, como a ecologia e as relações de consumo, entre outros, seja, ainda, aqueles decorrentes da redefinição do conteúdo de interesses - os direitos sociais - já tradicionais ao Direito, mas que sofrem a influência da transformação do Estado que passa de mero ator coadjuvante a personagem central da novela humana, mas também àqueles decorrentes das novas possibilidades propostas pela complexificação do desenvolvimento humano, que implicam na emergência de novas áreas de litigiosidade - aqui se poderia falar dos apontados direitos humanos de terceira geração - os direitos de solidariedade - e os já mencionados direitos humanos de quarta geração que dizem respeito, em especial, às potencialidades da pesquisa genética.

Todo este arcabouço problemático, próprio da sociedade contemporânea, exige a compreensão de que o fenômeno jurídico adquire uma transcendência que ultrapassa meras questões de natureza particularizada de indivíduos isolados, neutralizáveis pretensamente pelo recurso a uma ciência formal e abstrata, passando a refletir a emergência de situações que envolvem pretensões disseminadas por grupos inteiros de pessoas, juridicamente reunidos - interesses coletivos - ou não - interesses difusos.

Pode-se dizer, portanto, que definimos nosso campo de trabalho tomando como referencial as identidades que se podem supor entre os conteúdos do Estado e do Direito. Assim, partindo do modelo liberal e de sua projeção jurídica no direito individual, chegamos ao *Welfare state*³ sob roupagem de Estado Democrático de Direito, no qual o conteúdo jurídico fundamental é dado pelos interesses transindividuais. Nesta mesma trajetória pode-se apontar, sob o aspecto dos mecanismos de implementação das normas jurídicas, também uma alteração profunda, qual seja a passagem da utilização da sanção, instrumento coercitivo, para a promoção, o prêmio, instrumento de incentivo. Pode-se falar, aqui, apoiando-nos no estudo dos Direitos Humanos, de gerações de direitos, tendo claro, por evidente, que a emergência dos atuais não significa a supressão por completo dos anteriores. O que aflora, todavia, é o privilegiamento das situações coletivas, operando uma transformação profunda no Direito.

A partir disso, parece-nos adequado o contraponto com o pensamento produzido entorno à idéia de direito social, como instrumental jurídico produzido pela coletividade em contraposição àquele implementado pelo Estado, como um "desvio" histórico-conceitual que irá apoiar a passagem e assimilação de um conteúdo transindividual para o Direito do Estado. Aponta-se, assim, para a inadequação de se pretender pensar o direito social, como direito transpessoal, apenas como algo fora do Estado.

³ Utilizaremos indistintamente a nomenclatura *Welfare state*, *État Providence* e *Estado do Bem-Estar Social*, malgrado termos ciência das distintas faces que eles assumem quando se apresenta eminentemente como assistência social - caso dos EUA - ou englobe o conjunto dos mecanismos de seguridade social - caso europeu. Para os objetivos deste trabalho não há que se perquirir acerca de tais distinções, posto que em ambas irá se dar a passagem do individual ao transindividual no âmbito do Direito. Ver acerca das diferenças apontadas: ROSANVALON, Pierre. *La Nouvelle Question Sociale. Repenser l'État Providence*. Paris: Seuil, 1995, pp. 176 e ss.

Emerge, portanto, como hipótese geral de trabalho a suposição de que há uma certa relação entre as trajetórias do Estado e do Direito. Ou seja: imagina-se que a transformação imposta àquele produziu uma rearticulação deste seja sob o seu conteúdo, seja sob sua forma, seja, ainda, sob seus atores.

No Brasil, pode-se tomar como paradigma inicial o momento de formulação de uma legislação reguladora das relações trabalhistas e de leis previdenciárias, as quais se colocam na esteira de uma legislação social própria do "welfare state", embora com aspectos próprios surgidos, em especial, na década de 1930.

Todavia, é a nível constitucional que se nota um aprofundamento da *questão coletiva* com a elaboração e promulgação da Carta de 1988, onde a natureza transindividual dos interesses assume as feições centrais da atividade estatal e social brasileiras. A legislação infra-constitucional também reflete esta transformação - em especial se dirigirmos nossa atenção às recentes normativizações de questões tais como as ligadas ao consumo, assim como algumas regras procedimentais instituidoras de novos mecanismos processuais, e.g., lei da ação civil pública (Lei 7347/85).

Por outro lado, não se deve esquecer de traçar os contornos que reúnem essa caracterização do jurídico com a *questão democrática* e, por consequência, com a problemática da *cidadania*. Neste sentido, a consolidação do E.B.E. tem papel fundamental, assim como a(s) sua(s) crise(s). No entrechoque deste emaranhado de novas situações advindas da transformação da sociedade e do

Estado, vivenciamos a reinserção deste no controle do cidadão, embora agora não mais personalizado como outrora, um pouco como previra Tocqueville⁴.

É neste quadro referencial que intentamos perceber as relações entre o Estado e o Direito. Assim é que abrimos um leque teórico para a compreensão de questões cruciais na contemporaneidade, tendo como referencial o problema dos interesses transindividuais, referenciando o trato desta matéria nas suas possíveis vinculações com uma realidade como a brasileira, em especial no pós-Constituição de 1988.

Buscamos, portanto, traçar alguns referenciais através dos quais se poderia pretender pensar a realidade jurídico-estatal contemporânea. Apesar da(s) crise(s), extensamente referida(s), do Estado do Bem-Estar Social, é inescusável a sua recorrência jurídica - há um sem-número de textos normativos referendadores de seus contornos - se não a sua concreção prática. Além disso, tomando o caso brasileiro paradigmaticamente, podemos apontar para a possibilidade de revisão hermenêutica da ordem jurídica pátria, supondo ser possível o redirecionamento das opções interpretativas da mesma, passando-se de uma visão liberal-individualista para uma postura social-(trans)individualista.

Desta forma, o problema que se nos coloca é que esta nova realidade - o Estado Democrático de Direito - traz consigo a projeção fundamental da questão da igualdade, pretendido assegurar por meio da sua incorporação jurídica. Com ele emergem problemas fundamentais, particularmente, relacionados com um conceito que passa a ocupar prioritariamente a agenda jurídica, a qualidade de vida. Tal

⁴ LEFORT, Claude. *Pensando o Político*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

implica, como veremos, na maximização do caráter promocional do Direito e de suas potencialidades transformadoras, tomando privilegiadamente como seus atores comunidades cada vez mais abrangentes.

Para atingirmos nossos objetivos, propomos o seguinte esquema estrutural:

A. Um primeiro capítulo, onde pretendemos estabelecer os traços fundamentais próprios à ordem jurídica estatal, fazendo uma retrospectiva acerca de suas características marcantes, tendo sempre presente o que foi dito acima acerca do caráter da cientificidade de seu Direito, bem como assumindo a revitalização do conceito de Estado de Direito a partir de sua adequação à realidade contemporânea da ordem jurídica do Estado; toma-se como referencial teórico fundamental, neste momento, a obra de Norberto Bobbio, em especial *Teoria dell'Ordinamento Giuridico*, a qual tem importância central. Nela encontramos uma excelente sistematização acerca da estrutura da ordem jurídica estatal e suas características fundamentais, o que fez com que a tomássemos como suporte para o tema.

B. O capítulo segundo tem por característica fundamental o reestudo da idéia de direito social, tomando como paradigma a proposta teórica produzida pelo jurista-sociólogo Georges Gurvitch. Esta reaproximação significa, por uma lado um contraponto com a idéia de direito estatal e, por outro permite revitalizá-la em consonância com a realidade jurídica contemporânea; aqui está presente a obra deste autor, com atenção fundamental para *L'Idée du Droit Social. Notion et Système du*

Droit Social. Histoire Doctrinale depuis le XVIIème. Siècle jusqu'a la Fin du XIX° Siècle.

C. No capítulo três buscamos refletir acerca de uma nova ordem de interesses que emergem a partir da constatação de uma conflituosidade inédita produzida, em especial, pelo desenvolvimento das relações sociais e, especialmente, pelo agigantamento dos problemas inerentes à nominada sociedade de massas. Tais conflitos implicam e exigem um novo disciplinamento jurídico, o qual se produz em contradição com muitos dos postulados jurídicos tradicionais.

D. Os novos direitos - e.g. meio ambiente, consumidores - e os direitos renovados - e.g. saúde - se apresentam portando características inéditas e em contradição com aquelas que eventualmente estejamos capacitados a lidar. No capítulo IV, então, buscamos referir tais transformações considerando a realidade normativa brasileira, particularmente a implementada a partir da promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, seja sob o aspecto material, seja no substancial, através do asseguramento de mecanismos jurisdicionais.

Na Conclusão buscamos apontar algumas das constatações emergentes da exposição desenvolvida nos capítulos precedentes, pretendendo refletir criticamente as possibilidades vislumbradas, além de sugerir possíveis caminhos a seguir.

Quanto aos aspectos metodológicos, devemos referir que o trabalho se desenvolverá basicamente assentado em um estudo histórico-comparativo na tentativa de verificar a evolução da cultura jurídica frente a transformação do

Estado, usando como técnica a *pesquisa bibliográfica* de autores e obras ligadas aos temas centrais objeto de apreciação na presente tese.

Por fim, não é irrelevante dizer que este caminho tem muitos acompanhantes de travessia. Alguns deles fazem parte aparente da trajetória. Outros estão nela envolvidos sem que se saiba. Muitos podem estar fora por algum motivo, inclusive desconhecimento. Todavia, todos contribuíram para a construção das bases deste edifício. Sua arquitetura, entretanto, é de responsabilidade exclusiva do autor.

Capítulo I

O DIREITO ESTATAL DAS COLETIVIDADES

...ainda o mais poderoso de todos os homens não será suficientemente poderoso se não souber converter seu poder em direito e a obediência em dever. (J.J.Rousseau)

1.1.A Estatalidade do Direito

A retomada do debate acerca do problema da estatalidade do Direito assume, nos contornos oferecidos na Introdução desta Tese, importância fundamental, apesar da recorrência com que vem sendo tratado e das constantes críticas que vem sofrendo daqueles que vêem na ordem jurídica estatal positivada os riscos de uma definição autoritária das relações sociais.

A trajetória percorrida pelo Estado Moderno, e pelo Direito que foi produzido ao longo dela podem, em muitos momentos, justificar tais apreensões, bem como referendar a produção de um conjunto avantajado de proposições críticas.¹

¹ Ver, por ex., os casos da École Critique du Droit, na França, e da ALMED, no Brasil, que tiveram papel importante no debate jurídico dos anos 1970, particularmente no caso desta última no desmanche das estruturas legais autoritárias impostas na América do Sul neste período.

Algumas das posturas positivistas identificam o Direito com o direito estatal - a ordem jurídica estatal -, atrelando o Direito à ocorrência do Estado Moderno, relacionando positivismo com legalismo. Como diz Jose A. de Oliveira Jr.:

Decorre daí uma concepção que liga o fenômeno jurídico à formação de um poder soberano capaz de exercitar a coação e, portanto, uma concepção que liga o direito a uma normatividade sancionada, provida de atos de autoridade tomados no âmbito de um ordenamento sistêmico legal.²

Todavia, a transformação que se opera em ambos - Direito e Estado - permite vislumbrar alterações radicais que impõem a revisão de tais posturas.

Neste sentido, o retorno a temas "clássicos", permite apercebermo-nos de que algumas das caracterizações próprias à ordem jurídica estatal não se apresentam inexoravelmente fechadas, ortodoxas e impermeáveis. Ao contrário, o Direito, apesar de apresentar-se como um fenômeno estruturado pela sanção, tal como vinha sendo definido pela tradição até então dominante, possuiria também um papel funcional, como promotor e incentivador de novas realidades.³

² Ver: OLIVEIRA JR., Jose Alcebiades de. *Bobbio e a Filosofia dos Juristas*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1994. p. 130.

³ *ibidem*, p. 131. A este respeito ver, em especial: BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla Funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Comunità. 1977.

Assim, a incorporação de novos conteúdos ao Estado e ao Direito implicaram, e ainda implicam, uma transformação significativa dos mesmos. A ordem jurídica estatal, a partir do momento em que passa a refletir a forma e o conteúdo de um Estado que se transforma e que, além e em razão disso, passa a assumir uma nova feição, incorporando novas funções, tem suas características, tais como a completude e a hierarquia, assujeitadas às necessidades de dar cumprimento às novas tarefas e aos novos conteúdos, à forma e à substância, desta nova realidade estatal que, apesar das crises recorrentes, se democratiza.

A democratização das relações sociais, em sentido amplo, incorpora novos atores na cena pública, os quais produzem novas pretensões. Estas apontam para a crescente e inevitável abertura do Estado e da ordem jurídica por ele produzida a tais reivindicações. Isto faz com que, por marchas e contramarchas, haja um fluxo constante de interpenetrações entre ordem jurídica e ordem social.

O Direito ascético pretendido pela dogmática tradicional, acaba por se contaminar por uma realidade que insiste em se transformar cotidianamente. Esta inapreensibilidade do social, com suas crises, evoluções e involuções, progressos e retrocessos, desenvolvimentos, tecnologias, etc., atingem o Estado e o Direito.

Esta transformação que, a princípio, parecia estar inexoravelmente em contradição com uma normatividade jurídica estatal, apropriada e vinculada pela ordenação social acaba, isto sim, por se impor. O Direito estatal, para além de novos atores, conteúdos e formas, apresenta-se vinculado a um caráter renovado da idéia de

coletividade, antes privilégio daqueles direitos extra-estatais ou sociais, como as proposições de Georges Gurvitch.⁴

É aqui que se encontra a importância de se revisitar as formulações básicas da ordem jurídica estatal para que se possa, após rever-se a idéia de direito social, perceber a importância daqueles que são, hoje, os direitos "fundamentais" - ou melhor, fundantes - para a ordem jurídica atual - os interesses transindividuais. Estes, na sua dualidade comunitária/estatal, repercutem a estatalidade contemporânea.

1.1.1. Premissas Básicas

Pensar o Direito contemporaneamente significa pensar, em especial, um determinado tipo de ordem jurídica, qual seja aquela produzida pelo poder soberano, pelo Estado. Isto não implica negar a ocorrência de espaços outros de juridicidade que não aquele estatal. Todavia, tais possibilidades colaterais são, em sua quase totalidade, previstas, incorporadas ou negadas pelo ordenamento jurídico positivo.

Falar-se, portanto, na estatalidade do Direito, importa privilegiar notadamente um modelo de organização normativa, aquele do Estado.⁵ Isto implica

⁴ A questão de um *direito social* será objeto de estudo no capítulo seguinte desta tese, onde privilegiaremos o traçado atribuído por Georges Gurvitch à questão.

observarmos, na linha que privilegiaremos a seguir, que na origem de tal normatividade está a consolidação do Estado Moderno, bem como a formulação de uma explicação contratualista para a origem do Estado, a qual irá apontar para a construção de uma normatividade própria a este que, para uns(Hobbes) não terá limitação alguma anterior, enquanto para outros(Locke) será informada por um Direito pré-existente.

A consolidação do Estado Moderno, pode-se dizer que irá se dar, em especial, por um lado pela unificação do poder senhorial em um único centro decisório e, por outro, correlatamente, na unidade territorial que se estabelece. Assim, tem-se para um espaço geográfico delimitado a instauração de um poder supremo, soberano.

Esta noção - soberania -, introduzida por Maquiavel, representou a transformação da pluralidade de forças até então ocorrentes, em organizações monolíticas de poder com exército, funcionários e ordem jurídica próprios, com atuação em todo um território.⁶

As posturas próprias ao contratualismo, estruturalmente identificadas, irão se diferenciar pelo conteúdo. De um lado a perspectiva hobbesiana que aponta para a construção pactada de um estado civil a partir da abdicação de todos os

⁵ Como diz OLIVEIRA Jr.: *...o que interessa reafirmar é que, a discussão em torno ao problema da validade do direito a partir do positivismo jurídico e da teoria normativista, visou a consolidação de um método democrático de convivência, baseado em regras e em princípios a priori, mas que colocaram a sociedade numa perspectiva - nem sempre real - de um exercício compartilhado do poder. Ou alguém se atreveria a dizer que isso, por si só, mesmo que simbolicamente, não é importante?* Op. cit., p. 132.

⁶ Ver a respeito: ZIPPELLIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. p. 56.

direitos pré-existentes no estado de natureza, o que implica na formulação de uma idéia de poder soberano ilimitado do qual emerge o Direito como seu produto. De outro, a postura lockeana que restringe a normatividade do poder soberano pela manutenção de direitos pré-sociais, ou seja, de um Direito Natural anterior ao Estado.

Como diz Bobbio,

Da un lato, l'ordinamento positivo viene concepito come facente tabula rasa di ogni diritto preesistente, raffigurato qui da quel diritto che vige nello stato di natura; dall'altro viene concepito come emergente da uno stato giuridico più antico che continua a sussistere.⁷

O que se observa, assim, é que há um momento de emergência de uma ordem jurídica estatal diverso e posterior ao de uma normatividade "natural". Seja como for, mantidos ou não os direitos naturais, a estatalidade do Direito apresenta-se com a construção e consolidação deste sujeito artificial, o Estado.

O ordenamento jurídico aparecerá, então, como produto desta nova realidade, o Estado, tendo como limites aqueles marcos impostos no contrato originário. Será este novo poder, incontrastável ou não, que dirá o Direito, positivando-o. Este deixa de ser algo "natural" e passa a ser produto da

⁷ BOBBIO, *Teoria del Ordinamento Giuridico*. Torino: Giappichelli, 1960, pp. 33 e 34

racionalidade. Seu conteúdo deixará de ser inerente à natureza das coisas e passará a ser produzido pelo poder soberano, fruto da artificialidade das relações de sociedade.

1.1.2. O Papel do Contratualismo

Em contraposição à concepção orgânica da sociedade como algo "natural" ao homem, o modelo identificado como contratualista apresenta a sociedade/Estado como uma criação artificial da razão humana através do *consenso* - acordo tácito ou exposto entre a maioria ou a unanimidade dos indivíduos...fim do Estado natural e o início do Estado Social e Político.

O *contratualismo* é uma escola que floresce no intercurso dos séculos XVII e XVIII, tendo como partícipes Thomas Hobbes⁸, John Locke⁹, Rousseau¹⁰ para nos restringirmos aos mais citados e esponenciais. Sua estrutura básica apresenta uma contraposição entre o estado de natureza e o estado civil mediada pelo ajuste de vontades formalizado no contrato.

Nesta tríade, o *Estado de Natureza* aparece como mera hipótese lógica negativa, ou seja, sem ocorrência real. É uma abstração que serve para

⁸ Ver do autor: *Leviatã*. Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural. 1983.

⁹ Ver do autor: *Segundo Tratado Sobre o Governo Civil*. Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural. 1983.

¹⁰ Ver do autor: *Contrato Social*. Os Pensadores, São Paulo: Abril Cultural. 1983.

justificar/legitimar a existência da sociedade política organizada, muito embora para alguns, possa ter havido uma ocorrência histórica do mesmo - como é o caso de Rousseau. Mas, substancialmente, se apresenta como contraface do estado civil, ou seja: se não estamos no interior da sociedade política, caímos no estado natural. Seria o estágio pré-político e social do homem, embora este, mesmo nesta situação, não seja pensado como selvagem, sendo o mesmo ser que vive em sociedade.

Para os contratualistas, a figuração do mesmo não é uniforme.

Uns, como Thomas Hobbes, vêem-no como *estado de guerra*, ambiente onde dominam as paixões, momento de total insegurança, domínio do(s) mais forte(s); a situação seria de guerra generalizada de todos contra todos, o que levou C. B. Macpherson a propor a identificação do estado de natureza hobbesiano ao modelo de mercado liberal¹¹.

Outros, como Jean-Jacques Rousseau, definem-no como de *felicidade*, onde a satisfação seria plena e comum; os homens nasceriam livres e iguais, mas seriam aprisionados pelo estado civil, para o qual o estabelecimento da propriedade privada aparece como fundamental, sustentando a sua formulação como um corretivo ao próprio desenvolvimento humano.

¹¹ Esta comparação é apresentada em: MACPHERSON, C.B. *A Teoria Política do Individualismo Possessivo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

Já um terceiro pensador sinaliza um quadro referencial diverso do até aqui apresentado. Para John Locke, eminente delineador dos contornos do Liberalismo, o estágio pré-social e político dos homens, ou seja, sua vida em natureza, se apresentava como de *paz relativa*, pois havia um certo domínio racional das paixões e dos interesses. Nos quadros do Estado de Natureza a razão permitia a percepção de limites à ação humana, conformando um quadro de direitos naturais que deveriam ser seguidos pelos homens; aqui o ser humano se encontra dotado de razão, o que lhe permite a compreensão dos direitos naturais, e desfrutando da propriedade (vida, liberdade e bens); não há, todavia, na eventualidade do conflito quem lhe possa pôr termo para que não degenera em guerra e, ainda, tenha força coercitiva suficiente para impor o cumprimento da decisão - juiz comum.

Assim, enquanto para Hobbes há um estado de guerra, cuja solução está em apontar um homem ou uma assembleia para assumir a personalidade coletiva e colocar-se, após o contrato social, acima dos que o elegeram, ou a constituíram, sendo essa transferência de poder irrestrita e o depositário desta personalidade, o soberano livre; para Locke, há a construção de um estado de natureza virtuoso, individualista, onde interesses e experiências pessoais são um valor em si mesmos, sendo o conjunto de desenvolvimentos individuais a melhor alternativa para a sociedade. Eis o individualismo liberal surgindo com toda a sua força da construção teórica de John Lcke.

Diferentemente, portanto, mas para todos, há que se sair desse estágio e alçar-se à sociedade política. Para superar os inconvenientes do estado de natureza os homens se reúnem e estabelecem entre si o *contrato social*. Este é o instrumento de

passagem para o estágio político(social); serve, ainda, como fundamento de legitimação do *Estado de Sociedade*. Contudo, há diferenças marcantes entre os autores no que diz com o conteúdo destes pactos.

Fiquemos com dois deles, significativos para os limites deste trabalho: Hobbes e Locke.

Para o primeiro, o contrato social, à maneira de um pacto em favor de terceiro, é firmado entre os indivíduos que, com o intuito de preservação de suas vidas¹², transferem a outrem não-partícipe (homem ou assembléia) todos os seus poderes - não há, ainda, que falar-se em direitos pois estes só aparecem com o Estado - em troca de segurança. Ou seja: para pôr fim à guerra despojam-se do que possuem de possibilidades para receberem a certeza e segurança do Estado-Leviatã. O contrato hobbesiano diria:

Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações.

Em Locke altera-se substancialmente o conteúdo do contrato. Aqui, a existência-permanência dos Direitos Naturais circunscreve os limites da convenção.

¹² Sobre a idéia de *vida* em Hobbes é interessante pesquisar a obra de Renato Janine Ribeiro, em especial *Ao Leitor Sem Medo: Hobbes escrevendo contra seu tempo*. São Paulo: Brasiliense. 1984, onde o autor produz uma releitura dos âmbitos de abrangência deste conceito na obra do pensador clássico.

O pacto de consentimento que se estabelece serve para preservar e consolidar os direitos preexistentes no estado natural. O convênio é firmado no intuito de resguardar a emersão e generalização do conflito. Através dele os indivíduos dão o seu consentimento para a entrada no estado civil e, posteriormente, para a formação do governo quando, então, se assume o princípio da maioria.

A conseqüência destas atitudes díspares se mostrará na configuração do estado civil proposta por cada um dos autores citados e do conteúdo do Direito que advirá como conseqüência. Poderemos ter a construção de um poder ilimitado posto que sem nenhum referencial no estado de natureza, ou seja, um poder sem vínculos ao estilo hobbesiano, tido como ilustrador do Estado Absoluto, uma vez que o príncipe tudo pode, ou tudo deve, fazer, pecando unicamente por fraqueza. Não há parâmetros pré-sociais para a atividade estatal, uma vez que pelo contrato o homem se despoja de tudo - exceto a vida - cedendo seus poderes naturais à sociedade política, especificamente ao soberano. O Estado se constrói pela demarcação de limites pelo soberano que, por não ser partícipe na convenção instituidora e, recebendo um poder sem parâmetros, tem aberto o caminho para o estabelecimento do Direito.

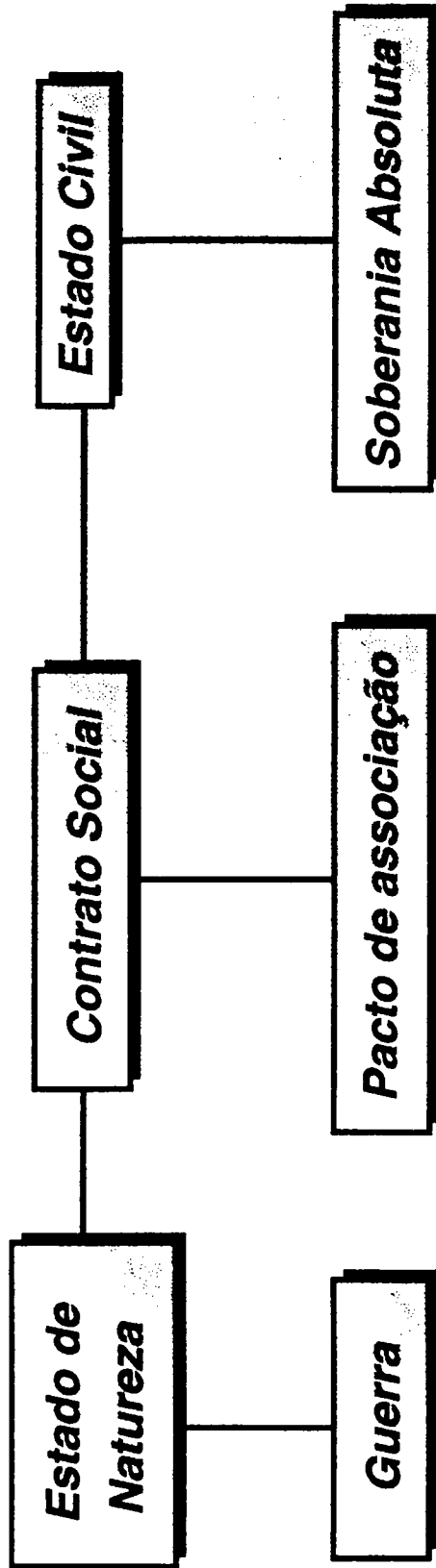
Por outro lado, da teoria lockeana esboça-se um outro quadro ancorado substancialmente na elaboração do individualismo liberal, e em uma sociedade "não-conflitual". Para Locke, o homem traz consigo, quando do estabelecimento da sociedade civil, os direitos definidos no estado natural; não há um despojamento nesta passagem. Assim, o estado civil nasce duplamente limitado. Por um lado, não pode atuar em contradição com aqueles direitos naturais pré-sociais; por outro deve

garantir o mais completamente possível a usufruição dos mesmos. Nasce, desta forma, como poder circunscrito àquela esfera de interesses pré-estatais do indivíduo natural. O estabelecimento da lei civil, do juízo imparcial e da força comum têm um papel assecuratório dos direitos naturais inalienados. Os indivíduos, ao contrário do que ocorre em Hobbes, abandonam um único direito: o de fazer justiça pelas próprias mãos. Ou seja: o estabelecimento do Estado visa exclusivamente a criação de um poder capaz de garantir a continuidade da paz natural.

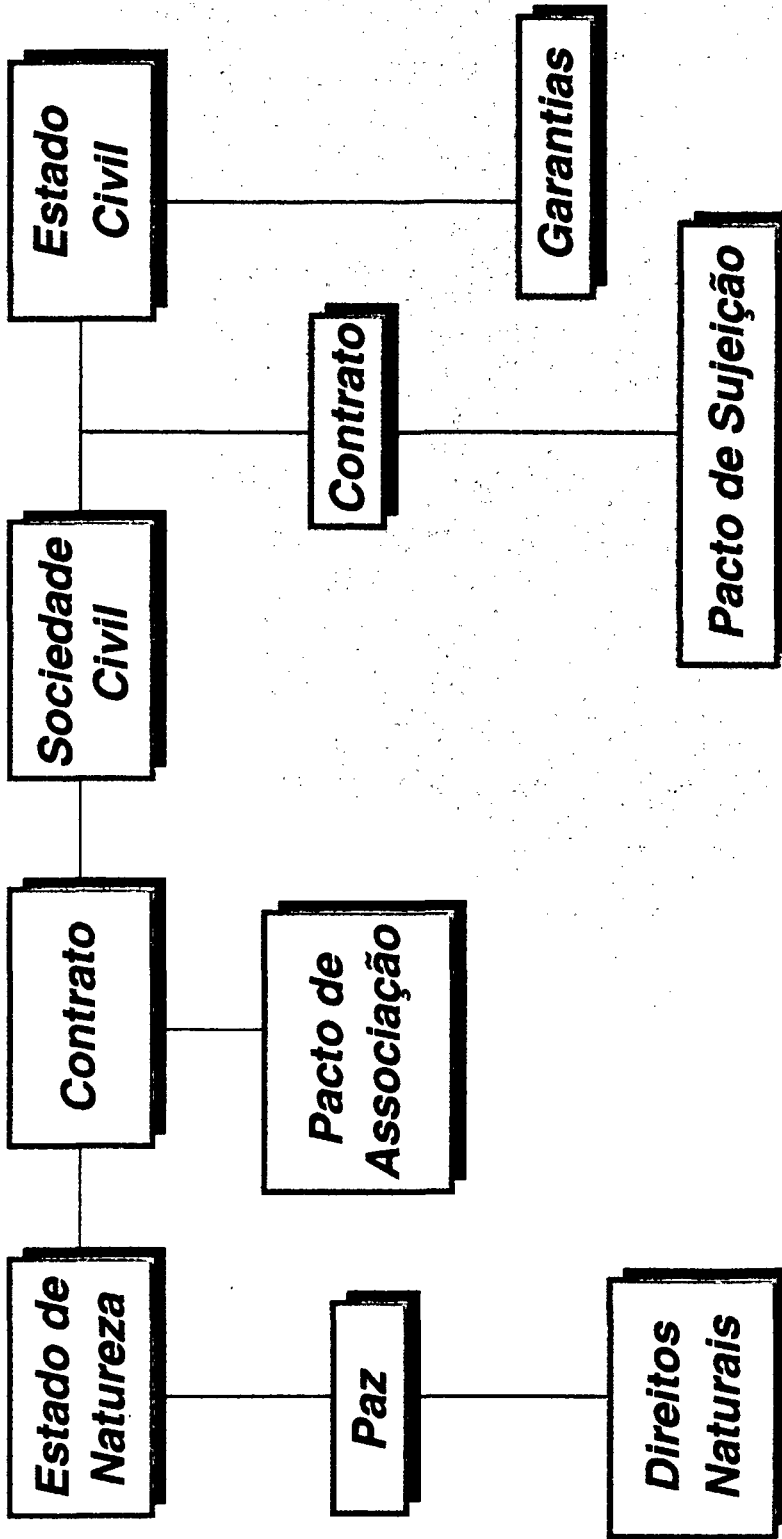
Ao revés de Hobbes, para Locke o poder estatal é essencialmente um poder delimitado. O erro do soberano não será a fraqueza, mas o excesso. E, em consequência, para isso, admite o direito de resistência. A soberania absoluta, incontrastável, do primeiro cede passo à teoria do pai do individualismo liberal, na qual ainda consta o controle do executivo pelo legislativo e o controle do governo pela sociedade (cernes do pensamento liberal).

Graficamente podemos esboçar o pensamento destes autores da seguinte forma:

HOBBS



LOCKE



Tomando, paradigmaticamente, a idealização lockeana, podemos buscar a caracterização dos moldes do liberalismo. Neste autor, burguês puritano de nascimento, encontra-se, além da defesa da liberdade e tolerância religiosas, a formulação primária e mais completa do Estado Liberal. Este nasce limitado pelos direitos naturais fundamentais - vida e propriedade - que são conservados pelos indivíduos quando da criação do Estado Civil, o qual também é restringido *porque o consenso é dado aos governantes somente sob a condição de que exerçam o poder dentro dos limites estabelecidos*¹³, sob a possibilidade sempre presente de resistir-se - direito de resistência - frente a uma ordem, em sentido amplo, desconforme com os mesmos.

Bobbio sintetiza:

*...através dos princípios de um direito natural preexistente ao Estado, de um Estado baseado no consenso, de subordinação do poder executivo ao poder legislativo, do poder limitado, do direito de resistência. Locke expôs as diretrizes fundamentais do estado liberal...*¹⁴

Por outro lado, questão importante no jusnaturalismo contratualista expresso na teoria hobbesiana é a relativa ao surgimento de fundamentos do formalismo ético, ou melhor, a concepção legalista de justiça, que tem como pilar a

¹³ BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado em I. Kant*. Brasília: UnB, 1984, p. 40

¹⁴ *ibidem.*, p. 41.

consideração da paz entendida como ordem estabelecida. Sob este prisma, o Direito não tem a função de eliminar os conflitos, mas sim resolvê-los, decidindo-os, deixando de lado o estado de latência em que os mesmos permanecem. Hobbes acentua a necessidade de não violar os pactos, cabendo aos súditos entender que justiça significa conformidade às leis. Daí impõe o dever de obedecer, criando o processo de positivação do Direito pelo Estado e instituindo uma legitimidade convergente, defensora de uma doutrina unitária e arquitetônica da ordem social.

Temos, assim, a redução do Estado ao jurídico, onde há a limitação do mesmo pelo Direito, ou seja, os poderes agem de acordo com a esfera jurídica e a legitimidade confunde-se com a ordem. Portanto, a lei é o único meio de estabelecer a ordem e, conseqüentemente, permitir o desenvolvimento. O Direito surge como decorrência da construção do ser artificial Estado e só existe como direito estatal, contando com as características que somente podem ser asseguradas pelo Estado, tais como a garantia de efetividade.

Resumindo, pode-se, então, dizer que há uma ética que preserva um ser humano racional, antropocêntrico e individualista, mediante um Estado formalista. Locke ainda estabelece uma responsabilidade comprometedora para o estado civil: garantir os direitos naturais fundamentais, entre os quais os *bens* tem papel preponderante - o que conforma a idéia de *patrimonialização do Direito*.

Estas garantias fornecidas no estado civil são caracterizadas pelo estabelecimento de leis gerais e abstratas, conhecidas, recebidas e aprovadas de comum acordo, cabendo a juizes reconhecidos, imparciais e neutros, o julgamento e

a decisão das controvérsias emergentes na sociedade. Locke faz, ainda, uma apologia do Legislativo, ao qual incumbe a interpretação e preservação dos direitos naturais, sendo seus membros eleitos pelo povo. Ressalve-se, contudo, que povo era um substantivo limitado censitariamente.

No contratualismo está presente o problema da construção de uma ordem jurídica, de uma normatividade própria ao Estado Civil, seja resguardando os direitos naturais pré-existentes e mantidos pelos cidadãos na saída pactada do Estado de Natureza (Locke), seja pela imposição de uma ordenação construída pelo Soberano hobbesiano.

De certa maneira, pode-se dizer que ocorre uma conjugação destas teorias, contribuindo Hobbes com a projeção de uma ordem jurídica positivada como ordem estatal, e Locke com o apontamento de conteúdos que lhe seriam inerentes desde antes.

Vê-se, portanto, que o(s) contratualismo(s) como teoria(s) explicativa(s) da origem e construção do Estado, aparece(m) como fundamental(is) para que se compreenda não só os contornos próprios ao mesmo mas, também e particularmente, para o instrumento que é colocado à sua disposição para o equacionamento de interesses e controvérsias - o Direito.

1.1.3.O Problema da Soberania

A idéia de soberania, antiga conhecida dos lidadores no campo das Teorias Política e Jurídica, é um conceito que emerge e se consagra já nos anos 1500 - século XVI. De lá para cá o tema tem sofrido transformações significativas, especialmente no que tange ao seu conteúdo, para adaptar-se às novas circunstâncias históricas impostas pelas mutações por que passaram os Estados, bem como pelos novos laços que os unem nas relações interestatais.

Tendo emergido como uma característica fundamental do Estado Moderno, a soberania é tratada teoricamente por primeira vez em *Les Six Livres de la République* de Jean Bodin, no ano de 1576. Antes disso, a construção deste conceito vem se formando, embora não apareça, ainda, permeada pela idéia que lhe será fundante, como poder supremo, absoluto, embora não ilimitado, o que irá acontecer já no final da Idade Média pelo trabalho dos juristas medievais, quando a supremacia da monarquia já não encontra poder paralelo que lhe faça sombra - o rei tornara-se, então, detentor de uma vontade incontrastada em face de outros poderes, ou melhor, de outros poderosos, e. g., os barões ou os senhores feudais nos limites de sua propriedades. Ou seja, deixa de existir uma concorrência entre poderes distintos, e ocorre uma conjugação dos mesmos em mãos da monarquia, do rei, do soberano.¹⁵

O poder que se conjuga neste momento reflete a idéia de sua absolutização e perpetuidade. Absoluto, pois não sofre limitações sequer quanto à

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *A Teoria das Formas de Governo*. 4ª ed. Brasília: UnB. 1985. Em especial pp. 95 e ss.

sua duração e, por isso, também perpétuo. Resta, apenas, para certos autores, adstrito às leis divinas e naturais.

Em Hobbes, dadas as características de seu contratualismo, a absolutização da soberania atinge seu ápice. Não havendo Direito antes da instituição do Estado - ou seja, só há Direito como direito estatal - e não sendo assegurados limites à atuação do soberano, seu poder afirma-se supremo, incontestável mesmo frente às leis naturais que, no caso hobbesiano, são desprezadas. A lei era a lei civil que, como tal, aparecia e se desenvolvia com o estabelecimento pactuado do Estado e a consolidação da soberania. Quem instituiu direitos e obrigações, até então incoerentes, era a soberania ela-mesma.

Ao contrário, Locke impunha limitações claras e inafastáveis. Seu contratualismo implicava na origem de um Estado circunscrito pelos direitos pré-sociais que os súditos mantinham como garantias próprias - ver quadro acima. Ou seja: o poder soberano estabelecido pelo consenso dos indivíduos tinha seu âmbito de atuação moldado por tais direitos naturais; sua atuação não poderia contradizê-los sob pena de rompimento do pacto social: seu estabelecimento dera-se exatamente para que garantisse o desfrute dos mesmos.

Com Rousseau, a soberania sai das mãos do monarca e sua titularidade é consubstanciada no povo, tendo como limitação, apesar de seu caráter absoluto, o conteúdo do contrato originário do Estado. É esta convenção que estabelece o aspecto racional do poder soberano. A vontade geral incorpora um conteúdo de moralidade ao mesmo.

Todavia, o desenvolvimento histórico do conceito de soberania prossegue, atribuindo-se-a consecutivamente à burguesia, à nação para, já no século XIX, aparecer como emanção do poder político. Posteriormente, será o próprio Estado, como personalidade jurídica, quem deterá a titularidade da mesma, acrescentando-a como uma de suas peculiaridades.

A soberania caracteriza-se como um poder que é juridicamente incontestável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico. Ela é, assim, tradicionalmente, tida como una, indivisível, inalienável e imprescritível.

Neste sentido, o que se evidencia é que a unificação do poder estatal desenvolveu-se progressivamente contra o passado fragmentado, consubstanciando, com Bodin, a instauração de uma ordem jurídica uniforme e unívoca, caracterizando-se pelo *poder de dispor dos meios normativos de direção que coordenam (...) os comportamentos dos indivíduos relativamente a um complexo de condutas juridicamente organizado*.¹⁶

Portanto, a soberania

...deveria ser independente ("absolute") sob dois pontos de vista. A independência perante as forças internas deveria

¹⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*, p. 57

consistir na eficácia da ordem jurídica, mesmo sem o acordo dos governados ("sans leur consentement"), em especial sem o acordo das diversas classes ou estados sociais. A independência perante as forças externas traduzia-se em que a faculdade de legislar apenas deveria depender daquelas condições que fossem impostas pelos mandamentos divinos e pelo direito natural.¹⁷

Assim, o poder do Estado consolida-se não apenas como força mas, principalmente, como organização jurídica das competências, significando a existência de uma ordem homogênea, na qual *o Estado é uma unidade de poder e eficácia organizada juridicamente...*¹⁸

Muito embora a soberania permaneça adstrita à idéia de insubmissão, independência e de poder supremo juridicamente organizado, deve-se atentar para as novas realidades que impõem à mesma uma série de matizes, transformando-a por vezes.

Falar em soberania, nos dias que correm, como um poder irrestrito, muito embora seus limites jurídicos, parece mais um saudosismo do que uma avaliação lúcida dos vínculos democráticos que implicam um efetivo controle contudístico de sua atuação. Ora, se o Estado caracteriza-se por uma organização democrática, é evidente que a sua atuação fica ligada inexoravelmente ao conteúdo mesmo da

¹⁷ *ibidem*, p. 57

¹⁸ *ibidem*, p. 60

democracia e a tudo o mais que isto implica relativamente a controles públicos, limites procedimentais, garantias cidadãs, etc.

Mas, ao lado de tais circunscrições, outras assumem relevância. Neste viés pode-se apontar, além dos vínculos criados pelo Estado Constitucional, a crise do Estado Moderno em apresentar-se como *centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista na arena internacional*.¹⁹

O que se percebe neste movimento é que, ao lado do aprofundamento democrático das sociedades, o que ocasionou um descompasso entre a pretensão de um poder unitário e o caráter plural das mesmas, ocorre uma dispersão nos centros de poder. Pode-se vislumbrar como que uma atitude centrífuga, de dispersão dos "loci" de atuação política na sociedade, seja no âmbito interior, seja no exterior.

No *plano internacional*, em especial, observa-se fenômeno semelhante relacionado ao caráter de independência dos Estados soberanos, como capacidade de se autodeterminar. A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez maior atrelamento entre as idéias de soberania e de cooperação jurídica, econômica e social, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia. Por mais que se argumente no sentido de que esta colaboração só é possível em razão da própria soberania, a qual permitiria a um Estado vincular-se a outro(s) em questões que lhe interessem ou para fazer frente a situações

¹⁹ BOBBIC, Norberto et all. *Dicionário de Política*. 2ª ed. Brasília: UnB. 1986. Verbetes SOBERANIA, em especial pp. 1187-1188.

paradigmáticas, o que se observa na prática é a revisão radical dos postulados centrais da mesma.²⁰

No âmbito do próprio Estado, deve-se referir que a emergência e consolidação de novas relações sociais, tendo como atores sujeitos outros que não os indivíduos isolados, implicaram em um açambarcamento pelos mesmos de funções tradicionalmente deixadas a cargo do poder público. Assim, os sindicatos e as organizações empresariais, associações de moradores, grupos ecologistas, associações de consumidores, etc., além de outros movimentos sociais, passaram a patrocinar determinadas atividades e produzir certas decisões que caracteristicamente se incluíam no rol do poder soberano do Estado.

²⁰ As chamadas *comunidades supranacionais* - Comunidade Econômica Européia/CEE/União Européia, NAFTA, MERCOSUL, etc. - particularmente a primeira, impuseram uma nova lógica às relações internacionais e, conseqüentemente atingiram profundamente as pretensões de uma soberania interna descolada de qualquer vínculo ou limitação. O que se percebe, aqui, é uma radical transformação nos poderes dos Estados membros, especialmente no que se refere a tarifas alfandegárias, aplicação de normas jurídicas de direito internacional sujeitas à apreciação de Cortes de Justiça supranacionais, emissão de moeda, alianças militares, acordos comerciais, etc. Sob o aspecto das organizações econômicas não se pode olvidar o papel jogado pelas chamadas empresas transnacionais que, exatamente por não terem nenhum vínculo com algum Estado em particular e, mais ainda, por disporem de um poder de decisão, em especial econômico, que pode afetar profundamente a situação de muitos países, especialmente aqueles débeis economicamente, adquirem um papel fundamental na ordem internacional e, impõem atitudes que não podem ser contrastadas sob o argumento da soberania estatal. Outro agente fundamental neste processo de transformação - de eclipse, para alguns - da noção de soberania são as Organizações Não-Governamentais (ONGs). Estas entidades, que podem ser enquadradas em um espaço intermediário entre o público, representado pelos organismos internacionais, e o privado, representado pelas empresas transnacionais, atuam em setores variados, tais como: ecologia (Greenpeace), direitos humanos (Anistia Internacional), saúde (Médicos Sem Fronteiras), etc. O papel das mesmas vem se aprofundando, sendo, nos dias que correm, muitas vezes imprescindíveis para que certos Estados tenham acesso a programas internacionais de ajuda, possam ser admitidos em determinados acontecimentos da ordem internacional, etc. Tais vínculos, incongruentes com a idéia de poder soberano, são uma realidade da contemporaneidade onde os relatórios destas entidades podem significar reconhecimento ou repúdio a nível internacional, com reflexos inexoráveis na ordem interna de tais países, particularmente naqueles que dependem da ajuda econômica internacional.

Ainda, deve-se referir a transformação mesma do Estado como outro aspecto relevante a considerar. A passagem do modelo de estado mínimo sob feição liberal clássico para o tipo de Estado de Bem-Estar Social, impõe a reconsideração do fenômeno da soberania. Enquanto o modelo liberal primitivo incorporava uma idéia de soberania como poder incontestável, próprio a uma sociedade de indivíduos "livres e iguais" para os quais importava apenas o papel de garantidor da paz social atribuído ao Estado, o modelo de *welfare state* adjudica a idéia de uma comunidade solidária onde ao poder público cabe a tarefa de produzir a incorporação dos grupos sociais aos benefícios da sociedade contemporânea como uma força de coesão e não de imposição. Nesta função de patrocínio da igualdade, transfere-se ao Estado um novo atributo que contrasta com este poder ordenador, qual seja a solidariedade. O caráter solidário do poder estatal, para muitos, substitui a sua característica soberana para incorporá-lo na batalha cotidiana de superação das desigualdades e de promoção do bem-estar social, percebido como um benefício compartilhado pela humanidade toda, sendo que isto repercute na tomada de posição no contexto das relações entre Estados na órbita internacional.²¹

Apesar disso, a questão da estatalidade do Direito é tradicionalmente uma consequência do estabelecimento do Estado Moderno, com suas características próprias e da formulação de teorias explicativas do poder político. A sua construção implica o assentamento de determinadas características, próprias à elaboração de uma ordem normativa que se pretende única.

²¹ Esta idéia se faz presente também quando nos debruçarmos na problemática dos direitos humanos, em especial os de terceira geração, chamados direitos de solidariedade. Ver, adiante, Cap. IV, 4.2.

1.2.O Ordenamento Jurídico Estatal

Tendo assentes tais pressupostos, para estudarmos a ordem jurídica estatal parece-nos imprescindível que a pensemos a partir de algumas características que lhe são próprias.

Neste sentido, seguindo a trilha kelseniana sob o viés apresentado por Norberto Bobbio, devemos incorporar ao nosso debate as questões referentes à (1)organização das normas formadoras de um dado ordenamento, o que nos levará à questão da hierarquia das mesmas; (2)relação de conteúdo das mesmas, ou seja, o problema de sua coerência interna; (3)amplitude da abrangência do ordenamento jurídico, referindo o debate acerca de sua completude; (4)ocorrência de outras ordens jurídicas concomitantes, apontando para o problema da pluralidade de ordenamentos.²²

A assunção do viés apontado por este autor significa, antecipadamente, a aceitação de que

²² Outro aspecto relativo ao ordenamento jurídico estatal, qual seja, o seu caráter sancionador aparecerá em momentos distintos deste trabalho. Dele nos ocuparemos quando debatermos acerca das transformações sofridas pelo Estado de Direito e o aparecimento das normas de caráter premial, bem como na discussão apresentada no capítulo III, quando estará em pauta a problemática relativa aos novos interesses de caráter transindividual.

...a posição de Bobbio não implica num atrelamento puro e simples ao Estado e ao legalismo; porém que ela se dá, sobretudo em razão de sua compreensão de que a atenção ao direito instituído carrega em si uma ética societária que o transcende, e que inaugurou a sociedade moderna face ao mundo medieval.²³

O que resta claro nesta trajetória é que há uma opção frente à institucionalização de mecanismos/instrumentos vinculados à democracia, sem que, com isso, se esteja adstrito incondicionalmente à aceitação da inafastabilidade de aspectos tais como a coerência e a completude dos ordenamentos jurídicos.

Por outro lado, deve-se ter presente que a ordem jurídica estatal não se restringe ao seu viés sancionador, repressor. A transformação do Estado Moderno implicou na incorporação pelo Direito de técnicas de encorajamento, ou seja, as normas jurídicas ao invés de punirem, premiam determinadas condutas praticadas. A incidência da norma, ou a concretização de seu suporte fático pela atuação humana, implica em um benefício, não em uma punição. O Direito assume, assim, uma função promocional, como

...l'azione che il diritto svolge attraverso lo strumento delle "sanzioni positive". cioè attraverso meccanismi genericamente compresi col nome di "incentivi", i quali mirano, anziché a impedire atti socialmente indesiderabili,

²³ OLIVEIRA JR., *Bobbio e a Filosofia dos Juristas*, p. 94.

*ciò che è il fine precipuo di pene, multe, amende, riparazioni, restituzioni, risarcimenti, ecc., a "promuovere" il compimento di atti socialmente desiderabili.*²⁴

É bem verdade que esta não é uma postura nova para o Direito, mas o é sua extensão. Ou seja: há um agigantamento da atuação promocional da ordem jurídica em razão mesmo da passagem do Estado Liberal Clássico para o Estado de Bem-Estar Social, permitindo que o Direito adquira um papel de transformação, de mudança, para além de seu aspecto conservador, como veremos na seqüência.²⁵

1.2.1. O Problema da Hierarquia

O problema do ordenamento jurídico visto como um conjunto hierarquizado, escalonado, de preceitos normativos, nos coloca diante da interrogação acerca da unidade do mesmo.

A questão, posta por Hans Kelsen, de uma estrutura piramidal tendo no seu topo a norma fundamental, da qual se originariam em última instância todas as demais regras é o ponto fulcral desta discussão.

²⁴ BOBBIO. *Dalla Struttura alla Funzione*. pp. 7 e 8.

²⁵ *ibidem*, em especial *La Funzione Promozionale del Diritto*, pp. 13 a 32 e, *Le Sanzioni Positive*, pp. 33 a 42. Ver, também, OLIVEIRA JR., *op. cit.*, pp. 138 e ss.

Parte-se do pressuposto da complexidade dos ordenamentos jurídicos, onde o estabelecimento das regras de conduta social está disperso, não havendo um centro único de produção/irradiação dos mesmos. Neste quadro pode-se apontar *fontes reconhecidas*, tais como a *recepção* exemplificada pelo *costume* e *fontes delegadas*. Aquelas caracterizam-se pelo recebimento pela ordem jurídica de uma regra já produzida fora dela enquanto que, nestas tem-se a determinação pela fonte direta - *lei* - da elaboração de uma certa normatividade, podendo esta estar a cargo de um poder regulamentador, negocial ou decisional.

Assim, o que se observa quanto à origem das normas de um determinado ordenamento jurídico, é que há multiplicidade de "loci" produtores das mesmas, os quais ou emitem comandos de conduta, ou seja, definem/regulam o comportamento das pessoas ou, ao invés, regulam mecanismos procedimentais acerca do como elaborar regras o que, como diz Bobbio, não deixa de ser um comportamento regulado.²⁶ Ao contrário das primeiras, as *normas de conduta*, estas são nominadas *normas de estrutura*.

São as normas de estrutura, como normas para a produção de outras normas, que impõem complexidade ao ordenamento jurídico, pois são elas que referem outros comandos que não os imperativos de fazer ou não fazer algo, tais como: mandar ordenar, proibir ordenar, permitir ordenar, mandar proibir, proibir proibir, permitir proibir, mandar permitir, proibir permitir, permitir permitir. Implicam, assim, no alargamento do leque de fontes do Direito.

²⁶ BOBBIO, *Teoria del Ordinamento Giuridico*, pp. 34 e ss.

Como se vê, as normas de estrutura se apresentam em combinações variadas dos comandos de ordenar, proibir e permitir uns com os outros e consigo mesmos. É tal ampliação que impõe uma percepção do ordenamento jurídico como um conjunto complexo de regras.

Todavia, tal complexidade não exclui a reunificação deste emaranhado de prescrições normativas. Esta unidade é dada por sua origem comum, ou seja, o ordenamento jurídico deve ser pensado, segundo o modelo kelseniano, como uma estrutura escalonada na qual haveria uma relação de implicação entre seus diversos níveis, sendo que na sua origem teríamos a unidade do sistema.

Dito de outra forma, o ordenamento jurídico se apresentaria hierarquizado, com normas superiores e inferiores, aquelas conformando a produção destas (*normas produtivas*), numa cadeia que partiria da base, onde teríamos a sua singularização - aplicação ao caso concreto - (*normas executivas*) até o ápice que, através de um processo de generalização e, conseqüentemente, de redução de número, conteria a norma fundante e unificadora do sistema - a *norma fundamental*.

Esta norma fundamental é que, mesmo não expressa, funda e unifica o ordenamento jurídico. Dela é que partem e a ela se reportam todas as normas jurídicas que o compõem, independentemente do nível em que se encontram na sua estrutura.

Seja qual for o conteúdo que lhe atribuamos, é ela que permite pensar a unificação das normas que integram um determinado ordenamento jurídico. Bobbio afirma que seu único conteúdo possível é aquele que

*impone di ubbidire al potere originario da cui viene la costituzione, da cui vengono le leggi ordinarie, da cui vengono i regolamenti, da cui vengono le decisioni giudiziarie eccetera eccetera.*²⁷

Assim, mesmo não expressa, a norma fundamental se apresenta como fundamento de legitimidade do sistema jurídico, permitindo que cheguemos ao fundamento último de validade das normas jurídicas.

Este esquema explicativo pode ser apresentado da seguinte forma:

²⁷ BOBBIO, *Teoria del Ordinamento Giuridico*, p. 53.

EXECUÇÃO

NF

GENERALIZAÇÃO



PROBLEMA

SOLUÇÃO



No esquema proposto acima, estão presentes as principais características da ordem jurídica, pensada sob o prisma de sua estrutura interna:

- A. Constitue um sistema escalonado/hierárquico de normas;
- B. O número de níveis desta estrutura pode variar de ordenamento para ordenamento;
- C. Do topo para a base do sistema há um processo de especificação das normas, enquanto ao inverso há uma generalização das mesmas. Igualmente, pode-se dizer que, nos mesmos sentidos, há um crescimento ou uma redução no número de regras;
- D. No trajeto descendente temos uma relação de produção e no ascendente de execução. Ou seja: as normas superiores produzem as inferiores, enquanto estas executam aquelas. Assim, nos níveis intermediários haverá uma duplicidade, sendo a norma ao mesmo tempo produtora e executora, enquanto no ápice do sistema temos tão só produção e, em sua base, apenas execução;
- E. A validade da norma deriva diretamente de sua relação com aquela que lhe é imediatamente anterior/superior;
- F. Logo, retornando de escalão em escalão a validade será atribuída pela compatibilidade da norma inferior com a norma fundamental;

G. Esta norma primeira é a que unifica o sistema como um todo, ou seja é o seu *principio unificador*.

Resta, porém, em aberto o problema da justificação da própria norma fundamental. Tal seria um debate que ultrapassaria a questão jurídica *stricto sensu* e vincular-se-ia à justificação do Poder enquanto tal.

Aqui, a discussão que se estabelece busca responder aos vínculos entre *direito e força*. Bobbio reconhece a inevitabilidade da força para o Direito como garantia de eficácia. Esta, embora relativa para as normas singulares, é imprescindível para a validade do ordenamento jurídico como um todo.

Entretanto, o que permanece em aberto é a problemática acerca da justiça do Direito, sendo que, para este autor, a norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito positivo), não do Direito como deveria ser (o Direito justo).

Para Bobbio,

...la giuridicità di una norma si determina non attraverso il suo contenuto (e neppure attraverso la forma o il fine e così via), ma semplicemente attraverso la sua appartenenza all'ordinamento, appartenenza che a sua volta si determina risalendo da norma inferiore a norma superiore sino alla norma fondamentale.²⁸

²⁸ BOBBIO, *Teoria del Ordinamento Giuridico*, pp. 66 e 67

Logo, para a ordem jurídica estatal, válida será a norma que execute corretamente aquela que lhe é antecessora e tenha capacidade para produzir a que lhe segue.

1.2.2. O Problema da Coerência

Outro aspecto que afeta o estudo do ordenamento jurídico diz respeito às relações inter-normas do mesmo. Aqui, estamos frente à questão da *(in)compatibilidade* das regras jurídicas. Este mecanismo supõe a coerência das normas entre si e, em caso de esta não acontecer a consequência será não a destruição do sistema como um todos mas, simplesmente, o desfazimento do problema através da retirada de uma ou ambas as normas em choque.

Assim,

...se si ammette il principio di compatibilità; per considerare l'appartenenza di una norma al sistema, non basterà più mostrarne la derivazione da una delle fonti autorizzate, ma sarà necessario anche mostrare che essa non è incompatibile con altre norme. In questo senso, non tutte norme prodotta delle fonti autorizzate sarebbero norme

*valide, ma soltanto quelle che fossero compatibilie con le altre.*²⁹

A questão que emerge neste momento, e que deve ser enfrentada pela teoria jurídica, diz respeito à solução de tais impasses quando emergentes. O problema, nominado como *antinomia*³⁰, diz respeito à situação em que coexistem em um mesmo ordenamento jurídico normas incompatíveis, quais sejam, aquelas que não podem ser ambas verdadeiras. Tal situação se apresenta em três casos distintos:

A. Quando uma norma "x" ordena fazer alguma coisa e uma norma "y" proíbe fazer a mesma coisa;

B. Quando uma norma "x" ordena fazer alguma coisa e uma norma "y" permite não fazer a mesma coisa, e;

C. Quando uma norma "x" proíbe fazer alguma coisa e uma norma "y" permite fazer a mesma coisa.

Nestas três situações estaremos diante do fato de que temos em um dado ordenamento jurídico a situação em que ao mesmo tempo estão inscritas duas normas que definem situações contraditórias, incompatíveis entre si. A permanecer tal incoerência os sujeitos destinatários de tais dispositivos encontrar-se-iam na

²⁹ BOBBIO, *Teoria del Ordinamento Giuridico*, pp. 81 e 82.

³⁰ Estamos falando aqui apenas relativamente às antinomias ditas próprias, deixando de lado as impróprias, as de princípio, as de avaliação e as teleológicas.

situação em que, fosse qual fosse a atitude praticada, incorreriam no descumprimento de uma das duas disposições normativas. O Direito não pode tolerar tal situação respeitante a normas que, pertencentes ao mesmo ordenamento, tenham o mesmo âmbito de validade.

Assim, duas características aparecem para consubstanciar uma antinomia:

1. as normas devem pertencer ao mesmo ordenamento e;
2. as normas devem ter o mesmo âmbito de validade, ou seja, aplicar-se no mesmo espaço geográfico, ao mesmo tempo, para as mesmas pessoas e matérias.

Para a solução destes "defeitos", o sistema jurídico prevê a exclusão de uma ou de ambas as normas incompatíveis, seja expurgando-a(s) totalmente do ordenamento, seja afastando a(s) parte(s) que estão em contradição.³¹

Dada a busca incessante de ausência de incompatibilidades nos ordenamentos jurídicos e, também, em razão da inevitabilidade de sua ocorrência, em especial nos Estados contemporâneos que têm agigantadas as suas funções que logicamente necessitam de expressão jurídica, busca-se critérios para a solução das mesmas. A interrogação que se coloca é a de saber qual das normas envolvidas deverá ser afastada da ordem jurídica e, os critérios colocados à disposição dizem

³¹ Assim, temos três tipos de antinomias: *total-total*, quando as normas têm o mesmo âmbito de validade; *parcial-parcial*, quando têm âmbitos de validade somente em parte coincidentes e; *total-parcial*, quando o âmbito de validade de uma das normas em questão é totalmente identificado a uma parte da outra.

respeito ao *tempo* - lei posterior revoga a anterior -, à *hierarquia* - lei superior revoga a inferior - e, à *especialidade* - lei especial revoga a geral.³²

O que importa efetivamente salientar aqui é o caráter pretendido pelo ordenamento jurídico de inexistência de dispositivos incompatíveis entre si e, em ocorrendo, da construção de mecanismos eficazes para a sua solução, que permitam o afastamento da regra perturbadora. Há como quê uma *regra de coerência*, a qual impõe ao ordenamento jurídico o dever de compatibilidade interna.

Tal regra coloca-se de forma distinta. No caso de *normas hierarquicamente sujeitas* impõe-se tanto àquele que produz normas - o legislador - como àquele que as aplica; no caso de *normas hierarquicamente equivalentes mas temporalmente distanciadas*, a regra de coerência desaparece para o órgão legiferante, permanecendo para o juiz que deverá resolver a incompatibilidade e; no caso de *normas hierárquica e temporalmente iguais*, aquela regra não se coloca para nenhum dos dois. Pelo que, se observa que a coerência é uma imposição relativa à eficácia das normas, não à sua validade.

O que permanece disto tudo é que, como afirma Bobbio, a coerência está ligada à condição de justiça do ordenamento posto que, quando da incompatibilidade de normas fere-se dois princípios próprios à ordem jurídica, quais sejam: *a certeza e a justiça* entendida como tratamento igual aos iguais.

³² Se diante da antinomia, a utilização de um destes critérios for suficiente e eficiente para para a solução do problema, estaremos diante de uma *antinomia aparente*. Caso contrário, teremos uma *antinomia real*. Estas ocorrem devido a insuficiência ou ao conflito de critérios para a sua solução.

1.2.3. O Problema da Completude

Nesta trajetória, impõe-se, ainda, traçar algumas considerações relativas à questão da *completude* do ordenamento jurídico.

O problema relativo ao dogma da completude, mostra Bobbio, assume particular relevância a partir da cristalização do Estado como ente monopolizador da produção jurídico-normativa. Adrede a este monopólio está o privilegiamento de uma determinada fonte normativa, qual seja, a lei, como norma jurídica produzida pelo Estado e cujo cumprimento é impositivo, através de um outro monopólio assegurado ao mesmo - o da força legítima.

Se, tanto a produção quanto a aplicação das normas são tarefas exclusivas do Estado, o conjunto normativo proposto por este deveria, necessariamente, abrangar a totalidade das relações e ações ocorrentes no meio social a que se dirige, regulamentando-as de alguma forma. Para cada situação há, ou deveria haver, uma regra própria apta a regulá-la. Dada a situação fática, buscar-se-ia na ordem jurídica vigente o preceito normativo incidente, o qual, invariavelmente, lá se encontraria.

À esta pretensão de onisciência e onipresença, muitas reações foram dirigidas, levando-a a produzir alternativas ao seu protótipo inicial. Quanto às reações, cita este autor:

A. *Escola do Direito Livre* que acreditava no poder criativo do juiz;

B. *Filosofia social* que se dirigia basicamente contra o monismo estatal;

C. *Sociologia Jurídica* que pregava a idéia do direito como fenômeno social; etc...³³

Quanto às alternativas, podemos localizá-las, em especial:

A. *Teoria dos Fatos Relevantes*, para os quais o Direito teria uma regra específica, enquanto ao lado destes existiriam fatos irrelevantes, com os quais o ordenamento jurídico não se preocuparia, o que não significaria a ocorrência de lacuna em face de sua desimportância;

B. *Teoria da Norma Geral Exclusiva (NGE)*, com a consequência da *norma geral inclusiva (NGI)*, com o que, dada a inexistência de uma regra particular, mesmo assim, a ordem jurídica se faria presente, regulando o caso concreto de forma diversa daquela prevista através da primeira ou de forma análoga, aplicando a segunda.

Nesta tradição, apresentam-se como produtos da idéia de completude do ordenamento jurídico os *princípios da legalidade e da certeza jurídica*. Aquele se coloca como uma garantia de que os fatos lato senso serão tratados exclusivamente a

³³ Estas posturas estarão presentes no cap. II desta Tese, quando do estudo da teoria do direito social de Georges Gurvitch.

partir das normas produzidas previamente pelo Estado. Ninguém será compelido a fazer ou deixar de fazer algo se não sob determinação legislativa anterior à ocorrência do fato - este é o conteúdo que se apresenta sob este princípio. Pelo *principio da certeza jurídica*, exatamente em razão da completude do ordenamento jurídico e da legalidade no tratamento dos fatos, impõe-se a compreensão prévia das conseqüências jurídicas adstritas a tal ou qual comportamento.

O grande debate que se estabelece nesta trajetória diz respeito a dois aspectos emergentes do ideal da codificação. Por um lado, percebeu-se que, na medida do transcurso do tempo, o conjunto normativo cristalizado nos grandes sistemas normativos passava a ter insuficiências em razão de seu envelhecimento, ou seja, a ordem jurídica aparecia temporalmente desconectada da realidade social. Por outro, mas estritamente relacionado, estava uma realidade que insistia em se transformar em velocidade desproporcional àquela da produção legislativa do Estado, aprofundando ainda mais a distância entre a mesma e a ordem jurídica sobreposta.

Estas duas veias abertas mostram algo que o ideal de completude havia pretendido expurgar: a ocorrência de situações que ficavam mais do que à margem, eram desconhecidas pela ordem vigente.

Tal compreensão gerou o debate acerca das *lacunas*³⁴, ou seja, se há fatos para os quais não há a correspondência de uma regra do ordenamento, temos, então,

³⁴ No caso da ordem jurídica brasileira é de se notar o disposto no art. 126 do Código de Processo Civil, *in verbis*: O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento

um espaço não abrangido pela ordem jurídica. Ao lado disso, o desenvolvimento das ciências sociais, em seus variados matizes, impulsionou ainda mais o questionamento acerca dos problemas colocados pela fórmula da completude do ordenamento jurídico. O desmanche da presunção de identificação de tudo no Estado - consubstanciado na idéia de monismo - leva à descoberta de algo que está, até então, por trás, a sociedade.

A solução desta pendência, como demonstra o autor italiano, foi buscada dentro e fora da própria normatividade, de acordo com o apego maior ou menor ao *ideal* de um regramento abrangente e completo.

Não nos importa aqui refletir o conjunto desta discussão. Interessa, isto sim, retomá-lo sintomaticamente para tentar perceber os seus traços caracterizadores.

Pode-se percorrer este debate, em primeiro lugar, redescobrimo-se as várias formulações propostas pelos juristas na tentativa de rever criticamente a pretensão à completude.

Neste viés, nos informa Bobbio³⁵, recorreu-se à:

A. Idéia de um *espaço jurídico vazio* evidenciador da existência de uma dicotomia na atividade humana, onde ocorreriam situações reguladas pelo Direito e,

da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

³⁵ Ver, do autor, *Teoria del Ordinamento Giuridico*, pp. 141 e ss.

portanto, juridicamente relevantes e, outras, não reguladas logo, irrelevantes. Com isso pretendia-se descaracterizar a existência de lacunas, pois os fatos não redutíveis à norma jurídica seriam indiferentes ao Direito, situando-se fora de seus limites;

B. Formulação de uma *norma geral exclusiva* demonstrativa da onipresença do Direito seja pela ocorrência de uma regra pontual, particular, seja, caso contrário, pela incidência de uma norma que se aplica a todos os demais casos não submissos à primeira - por isso, geral - regulando-os pela exclusão à previsão particular.

Todavia, enquanto para a primeira pode-se objetar que, como refere este jurista, para a sua aceitação há a necessidade de confundir o espectro jurídico com o *obrigatório*, relacionado aos fatos relevantes, e excluindo-se a possibilidade do *permitido* visto, então, como irrelevante, para a segunda a normatividade fica reduzida às normas particulares e à norma geral exclusiva, olvidando-se uma terceira possibilidade normativa caracterizada pela *norma geral inclusiva*, ou seja, aquela que se aplica a todos os casos, regulando-os de forma idêntica à proposta na norma particular.

Nesta segunda hipótese, o questionamento que emerge é o de saber-se, na ocorrência de uma situação fática não prevista pela norma particular, qual das normas gerais será aplicada - a exclusiva ou a inclusiva -, sendo que tal decisão depende da resposta dada à dúvida que se instala acerca da similitude ou não do caso não regulado com o previsto. Em razão desta dúvida é que, para que permaneçamos adstritos à idéia de completez, precisamos que ocorra um critério preciso de

definição. Como tal critério não está expresso, reforça Bobbio, é impossível não pensarmos na existência de lacunas. Estas ocorreriam não pela inexistência de regras mas, pelo excesso das mesmas, somado à incoerência de mecanismos de solução sobre qual deva ser aplicada, fazendo surgir as nominada *lacunas de segundo grau*.

Há, ainda, uma outra perspectiva na qual podemos falar de lacunas: ao contrário de pensá-las no interior de uma dada ordem normativa, onde se busca uma resposta, qualquer que seja ela, pode-se vislumbrá-la onde, mesmo encontrada a solução, esta não seja *satisfatória* quanto à justeza de suas determinações. O problema pôsto diz respeito à pretensão de que, para além da ocorrência de uma certa previsão normativa, haja a sua adequação a um conteúdo ideal. Neste caso, estamos diante das nominadas *lacunas ideológicas*.

Assente a pressuposição da inevitável presença de lacunas, deve-se atentar à sua tipologia. Podemos, assim, formular, com Bobbio, o seguinte quadro:

A. Quanto à sua localização:

1. *Própria*: é a que ocorre dentro do sistema. É a lacuna *real*;
2. *Imprópria*: localizada fora do sistema, perceptível a partir de sua comparação com um sistema ideal. É a lacuna *ideológica*;

B. Quanto aos motivos:

1. *Subjetivas*: imputáveis ao legislador, podendo ser: *voluntárias* quando ocorrem em razão da própria atuação do legislador que, propositalmente, deixa um vazio aberto à atuação do órgão inferior ou, *involuntárias*, quando emergentes a partir de um descuido legislativo quando, na intenção de regular determinada situação, deixa-se de prever certa hipótese fática;

2. *Objetivas*: caracterizam-se a partir da defasagem imposta ao sistema normativo pelo desenvolvimento das relações sociais e por suas transformações.

C. Quanto à extensão das normas jurídicas:

1. *Praeter Legem*: aparece quando a regra particular não permite compreender todos os casos que lhe seriam vinculados. A norma tem uma extensão insuficiente para abranger as inúmeras situações que se apresentam;

2. *Intra Legem*: surge quando, dada a generalização da hipótese legal, emergem situações particulares no seu interior, as quais necessitam sua integração a partir da atividade do intérprete.

Se, portanto, é assente a idéia de lacuna, deve-se vislumbrar a possibilidade de forjar a sua integração. E, nesta trajetória, temos duas vias abertas:

A. *Heterointegração*, através da busca de soluções em ordenamentos diversos ou em fontes distintas, que não a dominante em dado sistema normativo;

B. *Autointegração*, buscando respostas no interior da própria ordem jurídica posta e por meio de seu mecanismo tradicional, utilizando-se basicamente de dois métodos.

O primeiro, a *analogia*, ou seja, a aplicação de uma norma particular a casos semelhantes ao suporte fático nela definido. Todavia, a semelhança permissiva desta expansão deve ser aquela que diga respeito aos aspectos fulcrais informadores da previsão normativa expressa. Ou seja: há a construção de uma nova regra particular com as mesmas conseqüências jurídicas de outra preexistente no sistema - o que a distingue da *interpretação extensiva* que, não criando norma nova, alarga o alcance da regra estabelecida;

O segundo, os *princípios gerais do direito*, ou seja, o recurso às normas fundamentais do sistema, através dos quais se constrói uma nova norma para um caso não regulado.

Logo, como se vislumbra do exposto, a questão da completude do ordenamento jurídico está atrelada, por um lado, à emergência e hegemonia das ordens jurídicas estatais (Estados Nacionais), por outro, à sua pretensão à exclusividade.

Todavia, como ficou aparente, tal caráter não se cristaliza, não porquê ocorra insuficiência de normas mas, ao contrário, por seu excesso - tais as *lacunas de segundo grau*.

Para além, deve-se considerar que, à medida em que se complexifica o debate acerca da completude, impõe-se a inexorável abertura da ordem jurídica na direção de suas estruturas mais ampliadas, tais os princípios gerais do direito, que agem como *norme fondamentali o generalissime del sistema, le norme più generali*.³⁶

1.2.4. O Problema das Relações entre Ordenamentos

Seguindo nossa trajetória, percebemos a inevitabilidade de adentrarmos, no debate acerca da pluralidade dos ordenamentos.

Iniciemos, seguindo a exposição feita por Bobbio, pelo debate já tradicional. Nele encontramos colocado, basicamente, o problema da relação que se pode estabelecer entre uma ordem estatal, caracterizada não só por seu universalismo mas, também, por sua unidade abstrata e conformadora da ordem

³⁶ BOBBIO, *Teoria del Ordinamento Giuridico*, p. 181.

social como um todo e, por outro, outras ordens do mesmo tipo ou, ainda, ordens diversas da estatal.

A primeira hipótese ocorre a partir da compreensão de que ao direito corresponde uma nacionalidade, ou seja, a ordem jurídica vincula-se a uma dada nação. Em razão disso, não se pode falar da existência de uma mas, de inúmeras ordens jurídicas, tantas quantas forem as nações que expressem sua organização particular sob a forma de uma ordenação jurídica própria. Assim sendo, há uma inarredável convivência entre os diversos ordenamentos jurídicos nacionais. Bobbio caracteriza esta fase como correspondente ao *historicismo jurídico*, cuja enunciação se produz através do *positivismo jurídico*, identificador da ordem jurídica com o direito positivo e atrelando este a uma vontade soberana.

Esta pluralidade de ordens, ligada à concepção positivista-estatalista de Direito, parece não produzir um real disfuncionamento para esta metodologia organizacional dos mecanismos jurídicos posto que, estando presentes entes soberanos de igual nível, temos, nas relações entre ordenamentos jurídicos estatais, vínculos de *coordenação* referentemente aos seus graus de validade e de *exclusão total* quando relacionamos seus respectivos âmbitos de validade espacial, os quais delimitam-se sem qualquer sobreposição.

Ao revés, quando nos posicionamos frente a uma situação em que coexistem vários ordenamentos jurídicos de mesmo tipo, presenciemos uma outra espécie de conflito. E, aqui, estamos perante o nominado *pluralismo institucional*, onde, para cada instituição ou grupo social organizado, há uma ordem jurídica

própria. Neste caso, se pensarmos adstritos à supremacia da ordem estatal, podemos dizer que estamos perante típico relacionamento de *subordinação*, ou seja, em que as ordens menores ficam sujeitas à ordem estatal e, referentemente aos seus âmbitos de validade, devemos dizer que se encontram em uma relação de *exclusão/inclusão parcial* em que ao mesmo tempo em que existe uma zona de intersecção - quando a ordem estatal absorve ou assimila uma ordem menor - há zonas livres distintas para cada ordenamento envolvido.

Da mesma forma, podemos dizer que a validade destes ordenamentos é atribuída e reconhecida pela própria ordem estatal, seja através da *indiferença*, da *recusa* ou da *absorção* por meio de seus dois mecanismos próprios, ou seja: o *reenvio*, quando por não haver regulado uma certa matéria, um ordenamento acolhe a regulação expressa por outro e a *recepção*, como incorporação de regramento posto por ordenamento diverso. Em qualquer destas hipóteses fica sublinhada a supremacia inexorável da ordem produzida pelo Estado.³⁷

Todavia, se buscarmos um outro paradigma, no qual esta preponderância da normatividade estatal não seja reconhecida de maneira apriorística, podemos adentrar em novas perspectivas de análise. Aqui, a convivência que se estabelece, se se discutir ainda no âmbito da permanência de uma ordem vinculada ao Estado, diz respeito às relações entre este e ordens menores, na terminologia bobbiana.

³⁷ Aqui apresenta-se difusamente o debate que será retomado no cap. II desta Tese - A Idéia de Direito Social.

Nesta perspectiva, podemos perseguir três hipóteses distintas, a saber:

A. Os ordenamentos têm os mesmos âmbitos espacial e material, sem coincidirem temporalmente, ou seja, são ordens que se sucedem no tempo;

B. as ordens têm diferente âmbito espacial, assim, aplicam-se em locais (territórios, espaços geográficos) diversos;

C. a distinção é material, ou seja, os conteúdos normatizados dizem respeito a assuntos diversos.

É nesta última hipótese que podem emergir algumas questões interessantes apropriáveis pelo debate posterior, enquanto as duas primeiras não apresentam maiores dificuldades de equacionamento.

Para o caso exposto em "c", as soluções que se apresentam são as seguintes:

1. "*Reductio ad unum*": conjugação das diversas ordens concorrentes em uma ordem única;

2. *Subordinação*: preponderância de uma das ordens sobre as demais;

3. *Coordenação*: convivência de poderes adstritos a ordens distintas e;

4. *Separação*: desconexão das distintas ordens, ficando, contudo, uma delas com preponderância e as demais são reconhecidas na sua função, embora limitadas pela primeira.

Este emaranhado de possibilidades supõe, todavia, a preponderância de uma normatividade produzida desde um *locus* privilegiado, qual seja, neste caso, o Estado, o qual pretende-se titular exclusivo do poder de dizer o Direito

1.3.O Direito do Estado e o Estado de Direito

Deve-se ter claro que esta estrutura pretendida da ordem jurídica não se apresenta metafisicamente. À construção de um Direito do Estado pretensamente completo, coerente e hierárquico, válido e aplicável a todos os súditos, agrega-se um conteúdo, pensado aqui não apenas como aquilo que é normatizado, mas também como toda uma estruturação institucional.

Neste sentido, importa falar em que o Direito, como mecanismo próprio do Estado, passa a adjetivá-lo, servindo então como instrumental conformador daquele sob determinados contornos.³⁸

³⁸ Ver a respeito: DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva. 1989. Em especial caps. III e V.

Tais traços demarcatórios, evidentemente, não se dão de uma vez por todas. Aqui, retorna a questão de conteúdo, agora como núcleo diferenciador das diversas possibilidades que pode se apresentar o Estado qualificado de Direito. Não basta para isto, deixe-se claro desde logo, a simples ocorrência de uma legalidade qualquer. Ou seja: o Estado é de Direito, não apenas por constituir-se como uma ordem jurídica qualquer.

Neste sentido a formulação do Estado de Direito apresenta este como uma limitação axiológica, podendo ser percebido, analiticamente, ora como uma tautologia - pôsto que Estado e Direito estariam intrinsecamente interligados (ao estilo kelseniano) - ora como uma forma singular de construção estatal.

No plano teórico, o Estado de Direito emerge como uma construção própria à segunda metade do século XIX, nascendo na Alemanha - como *Rechtstaat* - e, posteriormente, sendo incorporado à doutrina francesa, em ambos como um debate apropriado pelos juristas e vinculado a uma percepção de hierarquia das regras jurídica, com o objetivo de enquadrar e limitar o poder do Estado pelo Direito.

O devir histórico, entretanto, recupera tal conceito, assumindo o Direito como um ponto de referência estável e aprofundando o modelo através de seu conteúdo.

Pode-se, então, apontar três visões próprias a este fenômeno:

A. Visão Formal, onde se vincula a ação do Estado ao Direito, ou seja, a atuação estatal é jurídica, produzindo-se através de regras de direito.

B. Visão Hierárquica, na qual a estruturação escalonada da ordem jurídica impõe ao Estado sua sujeição ao Direito.

C. Visão Material, que implica na imposição de atributos intrínsecos ao Direito, ou seja, aqui, a ordem jurídica estatal produz-se tendo certa substancialidade como própria. Há uma qualificação do Estado pelo Direito e deste por seu conteúdo.

O Estado de Direito surge desde logo como o Estado que, nas suas relações com os indivíduos, se submete a um *regime de direito* quando, então, a atividade estatal apenas pode desenvolver-se utilizando um instrumental regulado e autorizado pela ordem jurídica, assim como, os indivíduos - cidadãos - têm a seu dispor mecanismos jurídicos aptos a salvaguardar-lhes de uma ação abusiva do Estado.³⁹

A idéia de Estado de Direito carrega em si a prescrição da supremacia da lei sobre a administração. Na sua origem germânica, está embasada na autolimitação do Estado pelo Direito, pois é o Estado a única fonte deste, atribuindo-lhe força coercitiva e é o Direito criação daquele. A doutrina francesa, já no século em curso,

³⁹ Ver: CHEVALLIER, Jacques. *L'Etat de Droit*. 2ª ed. Paris: Montchrestien. 1994. pp. 12 e ss.

irá - Duguit, Hauriou⁴⁰, Carré de Malberg, etc. - questionar tal formulação, agregando-lhe novas perspectivas.

Contudo, o Estado de Direito diferenciar-se-á tanto do Estado Polícia - no qual o Direito é apenas um instrumento sob plena disponibilidade do Estado - quanto do Estado Legal, onde, mesmo sendo a lei limite e condição da atividade administrativa, não há o privilegiamento hierárquico da ordem jurídica, cristalizando-se uma supremacia parlamentar.

Deve-se ter presente que esta perquirição referenda, no quadro de nosso trabalho, a perspectiva de elaboração de uma leitura acerca da estatalidade do Direito, a qual é apropriada por uma pretensão de conteúdo. Embora a pretensão à elaboração de uma teoria jurídica do Estado de Direito, isenta de vinculações, devemos ter presente alguns aspectos encontrados na construção do mesmo.

⁴⁰ Estes autores, entre outros, irão recolocar o debate acerca da exclusividade estatal de produção jurídica. Para eles, há um Direito superior àquele do Estado consubstanciado, p. ex., na Declaração de Direitos. Duguit crê em uma juridicidade produzida através da solidariedade, enquanto Hauriou fala de uma constituição social. Ambos, juntamente com Gurvitch, apontam para a idéia de um direito social. Ver cap. II, adiante.

1.3.1.A Apresentação do Estado de Direito

Este Estado que se juridiciza é, todavia, mais e não apenas um Estado jurídico. Não basta, para ele, assumir-se e apresentar-se sob uma roupagem institucional normativa.

Para além da legalidade estatal, o Estado de Direito representa e referenda um algo mais que irá se explicitar em seu conteúdo. Ou seja: não é apenas a forma jurídica que caracteriza o Estado mas, e sobretudo, a ela agregam-se conteúdos.

O século XX irá demonstrar claramente esta assertiva. A dimensão de conteúdo do Estado de Direito aproxima os modelos alemão e francês de seu vizinho insular, o modelo britânico do *rule of law*. Assim, o Estado de Direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção de ordem jurídica mas, também, a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição.⁴¹

Deve-se antentar, ainda, para algumas críticas. Em especial para a construção de um concepção idealizada do Direito, legitimadora da autoridade

⁴¹ Jacques CHEVALLIER, op. cit., p. 73. Apesar disso, não se pode esquecer que, também sob o aspecto formal, o Estado de Direito teve desdobramentos através do aprofundamento dos métodos de controle da atuação administrativa estatal, bem como da sua atuação legislativa, por meio do controle de constitucionalidade da leis.

estatal, produzindo um valor mítico para a ordem jurídica através do fetichismo da regra, quando

...la norme juridique tend à être prise pour la réalité même, capable de faire advenir ce qu'elle énonce; et le passage para la forme juridique en vient à constituer la garantie suprême.⁴²

Feita a ressalva, importa, aqui, ressaltar que a materialidade do Estado de Direito se substancializa sob os contornos da forma jurídica, mas com ela não se identifica. Ao contrário, à formalidade jurídica são incorporados conteúdos que se juridicizam sob o Direito do Estado. Diz J. Chevallier:

La construction de la théorie de l'Etat de droit n'est pas le fait du hasard ou le produit d'une logique purement interne au champ juridique: la théorie s'est épanouie sur un certain terreau idéologique, enracinée dans une certaine réalité sociale et politique; privée de ce substrat, coupée de ces références, elle n'apparaît plus que comme une coquille vide, un cadre formel et devient à proprement parler 'in-signifiante'.⁴³

⁴² Jacques CHEVALLIER, *l'Etat de Droit*, p. 64.

⁴³ *ibidem*, p. 54.

Ou, ainda:

...l'Etat de droit n'est plus considéré seulement comme un dispositif technique de limitation du pouvoir, résultant de l'encadrement du processus de production des normes juridiques; c'est aussi une conception au fond de libertés publiques, de la démocratie et du rôle de l'Etat, qui constitue le fondement sous-jacent de l'ordre juridique.⁴⁴

Assim, irá se apresentar ora como liberal em sentido estrito, ora como social e, por fim, como democrático. Cada um deles molda o Direito com seu conteúdo, como veremos a seguir.

⁴⁴ *ibidem*, p. 74.

1.3.1.1. O Estado Liberal de Direito

Portanto, impõe-se que façamos uma construção partindo da formulação da idéia de **Estado de Direito** que emerge como *expressão jurídica da democracia liberal*⁴⁵.

Nesta tradição, pode-se definir o Estado Liberal de Direito como sendo

*...un Estado cuya función capital es establecer y mantener el Derecho cuyos límites de acción están rigurosamente definidos por éste, pero, bien entendido que Derecho no se identifica con cualquier ley o conjunto de leyes con indiferencia hacia su contenido(...)El Estado de Derecho significa, así una limitación del poder del Estado por el Derecho, pero no la posibilidad de legitimar cualquier criterio alándole forma de ley....*⁴⁶

Portanto, não basta que um Estado possua uma qualquer legalidade Indispensável será que seu conteúdo reflita um determinado ideário. Ou seja, para o Estado ser de Direito, não é suficiente que seja um Estado Legal.

⁴⁵ SILVA, Jose Afonso da, *O Estado Democrático de Direito*, Revista da PGE/SP, p. 61

⁴⁶ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. Madrid: Alianza. 1982. p. 52

O que se observa, portanto, é que no seu nascedouro o conceito de Estado de Direito emerge aliado ao conteúdo próprio do liberalismo⁴⁷, impondo, assim, aos liames jurídicos do Estado a concreção do ideário liberal no que diz com o *princípio da legalidade* - ou seja, a submissão da soberania estatal à lei - a *divisão de poderes ou funções* e, a nota central, *garantia dos direitos individuais*.

Pode-se apontar como características deste tipo de Estado de Direito:

A. Separação entre Estado e Sociedade Civil mediada pelo Direito, este visto como ideal de justiça.

B. A garantia das liberdades individuais; os direitos do homem aparecendo como mediadores das relações entre os indivíduos e o Estado.

C. A democracia surge vinculada ao ideário da soberania da nação produzido pela Revolução Francesa, implicando na aceitação da origem consensual do Estado, o que aponta para a idéia de representação, posteriormente matizada por mecanismos de democracia semi-direta - referendun e plebiscito - bem como, para a imposição de um controle hierárquico da produção legislativa através do controle de constitucionalidade.

⁴⁷ Para uma percepção clara, embora limitada, deste tema ver: MACRIDIS, Roy. *Ideologias Políticas Contemporâneas*. Brasília: UnB, 1982. O autor faz uma interessante divisão do liberalismo em 03 núcleos: um *moral*, que representa os direitos naturais do indivíduo e as liberdades negativas; um *econômico* caracterizado pelo individualismo econômico, o livre mercado e os direitos correspondentes e; um núcleo *político* - ou político-jurídico - onde estariam presentes as conquistas incorporadas ao constitucionalismo, em especial os direitos políticos próprios à democracia representativa.

D. O Estado tem um papel reduzido, apresentando-se como Estado Mínimo, assegurando, assim, a liberdade de atuação dos indivíduos.

Não se trata, como se quer muitas vezes, de um total alheamento do conteúdo jurídico do Estado, como bem aponta Garcia-Pelayo. Em realidade, tem-se a consubstanciação do conteúdo político do liberalismo na forma jurídica do Estado ou, Estado Liberal de Direito.

Do contrário, teríamos o esvaziamento do conteúdo para a simples *legalidade*, o que só ocorre com o desenvolvimento do positivismo jurídico impondo a identificação do Direito à lei e, conseqüentemente, do Estado de Direito a um *Estado legal*, marcado pela repulsa à idéia do Estado realizador de atividades materiais, o aprofundamento do individualismo e a legalidade aplicada à administração⁴⁸. Devemos ter claro, neste passo, que a legalidade não contém "in totum" a idéia de Estado de Direito, muito embora sua origem alemã como *Rechtstaat* esteja ligada à idéia de hierarquia das normas e autolimitação, como já apontado anteriormente.

É nesta trajetória que biparte-se este conceito em *formal* - relativo ao mecanismo de atuação estatal, restrito à legalidade(lei) - e *material* - diz com o conteúdo da ação estatal e da relação Estado-cidadão.

⁴⁸ BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 421

Portanto, Estado de Direito, mesmo em sua acepção liberal originária, não é conceito a ser utilizado descontextualizado de seus vínculos materiais, para não cair-se na deformação do Estado Legal. Deve-se tratá-lo nos seus vínculos externos e, aqui, vemos que, desde os primórdios, ele se confunde com o conteúdo global do liberalismo, como dito acima. O que se impõe é que ao conceito de Estado de Direito está adscrito um conteúdo específico, sob pena de perder-se a própria idéia do mesmo.

A nota central deste Estado Liberal de Direito apresenta-se como uma limitação jurídico-legal negativa, ou seja, como garantia dos indivíduos-cidadãos frente à eventual atuação do Estado, impeditiva ou constrangedora de sua atuação cotidiana. Ou seja: a este cabia o estabelecimento de instrumentos jurídicos que assegurassem o livre desenvolvimento das pretensões individuais, ao lado das restrições impostas à sua atuação positiva.

Em razão disso é que o Direito, próprio a este Estado, terá como característica central e como metodologia eficaz a coerção das atitudes, tendo como mecanismo fundamental a sanção.

1.3.1.2. O Estado Democrático de Direito

Apesar de sustentado o conteúdo próprio do Estado de Direito no individualismo liberal faz-se mister a sua revisão frente à própria disfunção ou desenvolvimento do modelo clássico do liberalismo.

Assim, ao Direito antepõe-se um conteúdo social. Sem renegar as conquistas e valores impostos pelo liberalismo burguês, dá-se-lhe um novo conteúdo axiológico-político. O Estado,

...acoge los valores jurídico-políticos clásicos; pero de acuerdo con el sentido que han ido tomando através del curso histórico y con las demandas y condiciones de la sociedad del presente(...)Por conseguinte, no solo incluye derechos para limitar la acción del Estado, sino también derechos a las prestaciones del Estado(...)El Estado, por conseguinte, no sólo debe omitir todo lo que sea contrario al Derecho, es decir, a la legalidad inspirada en una idea del Derecho, sino que debe ejercer una acción constante a través de la legislación y de la administración que realice la idea social del Derecho.⁴⁹

⁴⁹ GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, p. 56

A adjectivação pelo *social* pretende a correção do individualismo liberal por intermédio de garantias coletivas. Corrige-se o liberalismo clássico pela reunião do capitalismo com a busca do bem-estar social, fórmula geradora do *welfare state* neocapitalista no pós-IIª Guerra Mundial.

Com o *Estado Social de Direito* revela-se um tipo de Estado que tende a criar uma situação de bem-estar geral que garanta o desenvolvimento da pessoa humana⁵⁰.

Para Manuel Garcia-Pelayo,

...Estado social de Derecho significa un Estado sujeto a la ley legitimamente establecida con arreglo al texto y a la praxis constitucionales con indiferencia de su carácter formal o material, abstracto o concreto, constitutivo o activo, y la cual, en todo caso, no puede colidir con los preceptos sociales establecidos por la Constitución o reconocidos por la praxis constitucional como normativización de unos valores por y para los cuales se constituye el Estado social y que, por tanto, fundamentan su legalidad.⁵¹

⁵⁰ SILVA, Jose Afonso da. *O Estado Democrático de Direito*, p. 65

⁵¹ GARCIA-PELAYO, op. cit., p. 64

Neste quadro esvai-se a noção de legalidade própria do ideário liberal pois, a lei passa a ser utilizada não mais, apenas, como ordem geral e abstrata⁵² - a generalidade da lei era considerada fulcro do Estado de Direito - mas, sim como instrumento de ação, muitas vezes, com caráter específico e concreto, atendendo critérios circunstanciais.

A transformação do Estado Liberal de Direito não se dá, assim, apenas no seu conteúdo finalístico mas, também, na reconceitualização de seu mecanismo básico de atuação, a lei. Todavia, o conteúdo social adrede ao Estado não abre perspectiva a que se concretize uma cabal reformulação dos poderes vigentes à época do modelo clássico.

Precisa ser referido que, mesmo sob o Estado Social de Direito a questão da igualdade não obtém solução, embora sobrepuje a sua percepção puramente formal, sem base material.

É por essas, entre outras, razões que se desenvolve um novo conceito, na tentativa de conjugar o ideal democrático ao Estado de Direito, não como uma oposição de conceitos, mas sob um conteúdo próprio onde estão presentes as conquistas democráticas, as garantias jurídico-legais e a preocupação social. Tudo constituindo um novo conjunto onde a preocupação básica é a *transformação do status quo*.

⁵² Como diz Jose Afonso da SILVA, op. cit., *o direito geral, dentro da esfera econômica, era usado para conservar o sistema de propriedade existente e para protegê-lo contra intervenção sempre que esta fosse julgada incompatível com os interesses dos grupos*. Op. cit., p. 67

O conteúdo da legalidade - princípio ao qual permanece vinculado - assume a forma de busca efetiva da concretização da igualdade, não pela generalidade do comando normativo, mas pela realização, através dele, de *intervenções que impliquem diretamente uma alteração na situação da comunidade*.⁵³

O *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir simbolicamente como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*⁵⁴. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência.

São *princípios* do Estado Democrático de Direito:

A. *Constitucionalidade*: vinculação do Estado Democrático de Direito à uma Constituição como instrumento básico de garantia jurídica;

⁵³ *ibidem*, p. 70

⁵⁴ *ibidem.*, p. 68

B. *Organização Democrática da Sociedade* onde estão presentes os mecanismos tradicionais à democracia política, somados às possibilidades novas de participação social através de atores sociais emergentes, tais como: sindicatos, associações, etc.;

C. *Sistema de direitos fundamentais individuais e coletivos*, seja como *Estado de distância*, porque os direitos fundamentais asseguram ao homem uma autonomia perante os poderes públicos, seja como um *Estado antropologicamente amigo* pois respeita a dignidade da pessoa humana e empenha-se na defesa e garantia da liberdade, da justiça e da solidariedade;⁵⁵

D. *Justiça Social* como mecanismos corretivos das desigualdades;

E. *Igualdade* não apenas como possibilidade formal mas, também, como articulação de uma sociedade justa;

F. *Divisão de Poderes ou de Funções*;

G. *Legalidade* que aparece como *medida do direito*, isto é, através de um meio de ordenação racional, vinculativamente prescritivo, de regras, formas e procedimentos que excluem o arbitrio e a prepotência⁵⁶;

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991, p. 83

⁵⁶ *ibidem*, p. 82

H. *Segurança e Certeza Jurídicas.*

Assim, o Estado Democrático de Direito teria a característica de *ultrapassar* não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito - vinculado ao *welfare state* neocapitalista - impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de *transformação da realidade*.

Vê-se que a novidade que apresenta o Estado Democrático de Direito é muito mais em um sentido teleológico de sua normatividade do que nos instrumentos utilizados ou mesmo na maioria de seus conteúdos, os quais vêm sendo construídos de alguma data.

1.3.2. Do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito

A transformação do conceito de Estado de Direito irá implicar na assunção de um novo feitiço para Estado e Direito.

Para explicitar esta transformação podemos propor o seguinte quadro explicativo⁵⁷:

⁵⁷ Algumas das características aqui apontadas estão presentes em: FARIA, Jose Eduardo. *Justiça e Conflito. Os juizes em face dos novos movimentos sociais*. São Paulo: RT. 1991. Em especial, ver itens 1 e 2.

ESTADO MODERNO

ABSOLUTISTA

LIBERAL

Estado legal

Estado de Direito

E. Liberal de Direito

E. Social de Direito

E. Democrático de Direito

conteúdo jurídico do liberalismo

questão social

igualdade

limitação da ação estatal

prestações positivas

transformação do "status quo"

lei = ordem geral e abstrata; não impedimento

lei = instrumento de ação concreta do Estado; facilitação; acesso

lei = instrumento de transformação; solidariedade

indivíduo

grupo

comunidade

sanção

promoção

"educação"

adaptação

reestruturação

Tal estrutura nos mostra, grosso modo, duas dicotomias - absolutista/liberal e Estado Legal/Estado de Direito - que vão se instalando conjuntamente com o estabelecimento do que convencionamos apontar como Estado Moderno, ou seja, aquele Estado no qual aparece unificado um centro de tomada e implementação de decisões, caracterizado pelo poder soberano incontestável sobre um determinado espaço geográfico - território.

De início, estabelecemos uma grande dicotomia que irá se apresentar na base do Estado Moderno, colocando de um lado o estado absolutista, caracterizado pela figura do monarca que se identificava com o próprio Estado e, de outro, temos o desenvolvimento do modelo liberal que, desde suas origens, significou a limitação do poder e o estabelecimento de garantias próprias aos indivíduos, ao lado de uma mecânica econômica assentada na liberdade contratual e no livre desenvolvimento do mercado.

Contudo, o que nos importa, aqui, é, tomando como substrato básico o modelo liberal, pensar como se desenvolve no seu interior a estrutura do Estado de Direito, partindo de seu modelo liberal clássico para chegar a um ponto de "quase ruptura", representado pelo Estado Democrático de Direito.

Para tanto, é fundamental que se perceba que,

La théorie de l'Etat de droit a été confrontée au XXème siècle à un double défi: défi provenant de l'apparition de régimes totalitaires dont l'ordre juridique, pourtant bien

structuré, ne s'appuie sur aucune des valeurs sous-jacentes à l'Etat de droit; défi provenant aussi de l'avènement d'un Etat providence modifiant en profondeur le substrat libéral sur lequel était fondé l'Etat de droit(...)l'un et l'autre vont contribuer à faire émerger une conception substancielle de l'Etat de droit.⁵⁸

Tendo-se assente a distinção entre Estado Legal e Estado de Direito, aquele restrito à forma da legalidade, enquanto este incorpora à mesma determinados conteúdos, pode-se pensar, no interior deste último, uma tripartição que se expressa pelos Estado Liberal de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito.

O *Estado Liberal de Direito* apresenta-se caracterizado pelo conteúdo liberal de sua legalidade, onde há o privilegiamento das liberdades negativas, através de uma regulação restritiva da atividade estatal. A lei, como instrumento da legalidade, caracteriza-se como uma *ordem geral e abstrata*, regulando a ação social através do *não impedimento* de seu livre desenvolvimento; seu instrumento básico é a *coerção* através da *sanção* das condutas contrárias. O ator característico é o indivíduo.

O desenrolar das relações sociais produziu uma transformação neste modelo, dando origem ao *Estado Social de Direito* que, da mesma forma que o anterior, tem por conteúdo jurídico o próprio ideário liberal agregado pela

⁵⁸ J. CHEVALLIER, *L'Etat de Droit*, p. 99.

convencionalmente nominada *questão social*, a qual traz à baila os problemas próprios ao desenvolvimento das relações de produção e aos novos conflitos emergentes de uma sociedade renovada radicalmente, com atores sociais diversos e conflitos próprios a um modelo industrial-desenvolvimentista. Temos aqui a construção de uma ordem jurídica na qual está presente a limitação do Estado ladeada por um conjunto de garantias e prestações positivas que referem a busca de um equilíbrio não atingido pela sociedade liberal. A lei assume uma segunda função, qual seja a de *instrumento de ação concreta do Estado*, aparecendo como mecanismo de facilitação de benefícios. Sua efetivação estará ligada privilegiadamente à promoção das condutas desejadas.⁵⁹ O personagem principal é o grupo que se corporifica diferentemente em cada movimento social.

Ao final, o que se observa é uma certa identidade nestes modelos apresentados, podendo-se dizer que ambos têm como fim comum a *adaptação social*. Seu núcleo básico permanece intocado.

A novidade do *Estado Democrático de Direito* não está em uma revolução das estruturas sociais mas, deve-se perceber que esta nova conjugação

⁵⁹ O problema da função promocional do Direito aparece como uma das novas técnicas de controle social, própria do estado social, ou seja, o encorajamento de ações pretendidas. Tal característica pode ser percebida inclusive no estudo do constitucionalismo, onde as constituições de caráter liberal clássico apontam para a *tutela* de direitos como característica que lhe é fundamental, enquanto as constituições contemporâneas apontam para a *promoção* como técnica de consecução de objetivos. Como diz Bobbio: *In un ordinamento repressivo la tecnica tipica attraverso cui si attuano le misure indirette è lo scoraggiamento; in un ordinamento promozionale, la tecnica tipica delle misure indirette è l'incoraggiamento. A questo punto siamo in grado di definire "scoraggiamento" quella operazione con cui A cerca di influenzare il comportamento non voluto (non importa se commissivo o omissivo) di B, o ostacolando o attribuendogli conseguenze spiacevoli; simmetricamente, "incoraggiamento" quell'operazione con cui A cerca di influenzare il comportamento voluto (non importa se commissivo o omissivo) di B, o facilitandolo o attribuendogli conseguenze piacevoli.* Ver: *Dalla Struttura alla Funzione*, pp. 27 e 28.

incorpora características novas ao modelo tradicional. Ao lado do núcleo liberal agregado à questão social, tem-se com este novo modelo a incorporação efetiva da *questão da igualdade* como um conteúdo próprio a ser buscado garantir através do asseguramento jurídico de condições mínimas de vida ao cidadão e à comunidade.

Embora tal problemática já fosse visível no modelo anterior, há, neste último, uma redefinição que lhe dá contornos novos onde tal objetivo se coloca vinculado a um projeto solidário - a *solidariedade* agrega-se a ela compondo um caráter comunitário. Aqui estão inclusos problemas relativos à *qualidade de vida* individual e coletiva dos homens.

A atuação do Estado passa a ter um conteúdo de *mudança do status quo*, a lei aparecendo como um *instrumento de transformação* por incorporar um papel simbólico prospectivo de manutenção do espaço vital da humanidade. Dessa forma, os mecanismos utilizados aprofundam paroxisticamente seu papel promocional, mutando-o em transformador das relações comunitárias. O ator principal passa a ser *coletividades difusas* a partir da compreensão da partilha comum de destinos.

Diferentemente dos anteriores, o Estado Democrático de Direito carrega consigo um caráter transgressor que implica em agregar o feitiço incerto da Democracia ao Direito, impondo um caráter reestruturador à sociedade e, revelando uma contradição fundamental com a juridicidade liberal a partir da reconstrução de seus primados básicos de certeza e segurança jurídicas, para adaptá-los à uma ordenação jurídica voltada para a garantia/implementação do futuro e não para a conservação do passado.

Percebe-se nesta trajetória como que uma redefinição contínua do Estado de Direito, com a incorporação de conteúdos novos, em especial face à imposição dos novos paradigmas próprios ao Estado de Bem-Estar Social.

O que ocorre não pode ser circunscrito, apenas, a um aumento no número de direitos mas, isto sim, a uma transformação fundamental no conteúdo do Direito ele-mesmo.

Para além da passagem dos *droits-libertés* para os *droits-créances*, da transmutação da sanção em promoção, há a constituição de realidades novas que se impõem. O carácter democrático implica uma constante mutação e ampliação dos conteúdos do Estado de Direito.

Mais do que apontar a mutação das características tradicionais do Direito, a mudança de carácter da regra jurídica - não mais um preceito genérico e abstrato, mas uma regulação tendente à particularização -, de sua transitoriedade e, em consequência, de seu eventual desprestígio vinculado à sua complexidade, especificidade, technicalidade e proliferação o que conduz ao seu difícil conhecimento por parte dos operadores jurídicos, é preciso perceber que

...l'Etat de droit va désormais être entendu comme impliquant l'adhésion à un ensemble de principes et de valeurs qui bénéficieront d'une consécration juridique explicite et seront assortis de mécanismes de garantie appropriés; la conception formelle se trouve donc relayée

*par une conception matérielle ou substantielle, qui l'englobe et la dépasse: la hiérarchie des normes devient elle-même une des composantes de l'Etat de droit substantiel.*⁶⁰

O Estado de Direito, dada a sua substancialidade, para além de seu formalismo, incorporando o feitio indomesticado da democracia, se apresenta como uma contínua (re)criação, assumindo um caráter dinâmico mais forte do que sua porção estática - formal. Ao aspecto paralisante de seu caráter hierárquico agrega-se o perfil mutante do conteúdo das normas, que estão, a todo instante, submetidas às variações sócio-políticas, impondo esta forma de hierarquização substancializada, como aponta o autor citado acima.

Evidentemente que uma prefiguração positiva de tal fenômeno não subestima, sequer faz desaparecer, alguns problemas que são fundamentais e estão intrinsecamente relacionados à prática do Estado de Direito, como p. ex. a possibilidade de que mais do que garantir e promover interesses sociais apresente-se como um mecanismo de opressão utilizando-se da juridicização integral do cotidiano das relações sociais, construindo a realidade tomando como paradigma o prisma jurídico. Seu caráter retórico-argumentativo-formal servindo, inclusive, de vínculo redutor da política no debate público.

O risco de mitificação do Estado de Direito, transformando-o em uma referência ritual, pode ser, todavia, matizado por sua adequação aos princípios democráticos - o que caracteriza o seu protótipo como Estado Democrático de

⁶⁰ J. CHEVALLIER, *L'Etat de Droit*, p. 108.

Direito, onde a democracia vincula Estado e Direito - com o que estará sob a constante interrogação democrática.

Para sintetizar este debate, poderíamos sustentar que, como contraposição ao modelo absolutista, o modelo liberal se formaliza como Estado de Direito. Este se afasta da simplista formulação como *estado legal* pois, pressupõe não apenas uma regulação jurídico-normativa qualquer mas, uma ordenação calcada em determinados conteúdos. E é neste ponto que as várias possibilidades se produzem.

Como *liberal*, o Estado de Direito sustenta juridicamente o conteúdo próprio do liberalismo, referendando a limitação da ação estatal e tendo a lei como ordem geral e abstrata. Por outro lado, a efetividade da normatividade é garantida, genericamente, através da imposição de uma sanção diante da desconformidade do ato praticado com a hipótese normativa.

Transmutado em *social*, o Estado de Direito acrescenta à juridicidade liberal um conteúdo social, conectando aquela restrição à atividade estatal à prestações implementadas pelo Estado. A lei passa a ser, privilegiadamente, um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica.

Em ambas as situações, todavia, o fim ultimado é a adaptação à ordem estabelecida.

Quando assume o feitiço *democrático*, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta a limitação ou a promoção da atuação estatal mas, referenda a pretensão à transformação do *status quo*. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais.

É com a noção de Estado de Direito, contudo, que liberalismo e democracia se interpenetram, permitindo a aparente redução das antíteses econômicas e sociais à unidade formal do sistema legal, principalmente através de uma Constituição, onde deve prevalecer o interesse da maioria. Assim, a Constituição é colocada no ápice de uma pirâmide escalonada, fundamentando a legislação que, enquanto tal, é aceita como poder legítimo.

Assim, e com intuito de dispersar ou absorver as contradições decorrentes da diversidade socioeconômica, pondo à mostra o falacioso princípio da isonomia (formal) diante da lei, o liberalismo jurídico-político alberga as noções de um ordenamento completo, ausente de lacunas e hierarquizado que, para conseguir a reprodução da dominação vigente, requer a aceitação acrítica de normas básicas,

...calibrando expectativas e induzindo à obediência no sentido de uma vigorosa prontidão generalizada de todos os cidadãos para a aceitação passiva de normas gerais e

impessoais - ou seja, das prescrições legais ainda indeterminadas quanto ao seu conteúdo concreto. ⁶¹

Todavia, este processo não se dá sem rupturas e transformações. O Direito do Estado vai assumindo o conteúdo das transformações pelas quais este passa.

⁶¹ FARIA, Jose Eduardo. *Direito e Justiça - A Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989, p. 25

Capítulo II

A IDÉIA DE DIREITO SOCIAL

Para terminar, seja-me permitido indicar que o destino quis que muitas vezes, na minha reflexão e no meu esforço estivesse 'contra a corrente'. O ritmo do meu pensamento esteve quase sempre em desfazamento com o que estava na moda. Sou pois um 'excluído da horda' por vocação, por assim dizer. (G. Gurvitch)

2.1. Considerações Gerais

Como contraponto à estatalidade do direito, temos apontada a construção do que convencionou-se nominar como *direito social*.

Porquê contraponto? Basta pensarmos, adiantando algo do que se explicitará a seguir, que a pretensão à formulação de uma ou mais ordens jurídicas sociais está associada à crença na inaptidão de o Direito Estatal referendar as pretensões sociais, produzindo um sentido de pertinência, comprometimento e compactuação, especialmente face ao seu carácter irremediavelmente formal, mecânico e coercitivo.

A pretensão à construção de uma ordem jurídica consensualmente produzida leva à elaboração da idéia de direito social, com o objetivo de confrontar a ordem jurídica estatal, centrada na figura do indivíduo liberal, vista como produto heterônomo da vontade do Estado.

A transformação do Estado e sua democratização, a emergência de novos atores e sua fixação na esfera pública, o surgimento de conflitos novos, frutos de relações sociais e produtivas antes inimaginadas, produzem, contudo, fissuras inarredáveis.

Assim, o embate entre tais posturas parece inafastável contemporaneamente para que se possa atuar com segurança frente à emergência dos novos interesses, ditos transindividuais. Estes, ao que parece, se produzem a partir de uma comunitarização de pretensões, à imagem do direito social, que busca na forma jurídica estatal o seu asseguramento, transformando-a inapelavelmente.

Como contraponto à idéia individualista arraigada nas profundezas do campo jurídico e à univocidade(monismo) estatal, emergiu, especialmente nos estertores do século XIX e no limiar do século em curso, o debate acerca de uma nova formulação da idéia de Direito, a qual se pretendeu próxima de seu tempo e da realidade social da época.

Para que se compreenda tal assertiva é fundamental que recordemos os aspectos próprios desta teoria.

Tal nomenclatura, diga-se desde logo, não é privilégio de um autor ou de uma época. Há como quê um devir histórico no qual o tema aparece.

Sua importância está umbilicalmente ligada ao desenvolvimento do próprio direito estatal de que até aqui vimos falando.

Assim, impende que façamos uma aproximação ao tema. Optamos, aqui, por tratá-lo a partir da abordagem patrocinada por Georges Gurvitch, o qual produziu uma extensa obra tratando do assunto, construindo uma teorização expressiva sobre o mesmo, como se verá a seguir.

Antecipadamente, para que compreendamos as suas formulações faz-se importante termos presentes alguns dados biográficos que nos permitam percebê-lo situado geográfica, histórica e teóricamente.¹

De nascimento russo - Novorossiski - Gurvitch principia sua carreira de estudos dedicando-se ao conhecimento de autores clássicos², e que o conduz a

¹ O próprio Georges Gurvitch escreveu sobre o tema em obra que aparece como organizador. Ver: *O Meu Itinerário Intelectual ou O Excluído da Horda*, in Tratado de Sociologia, v. II, Lisboa, Iniciativas Editoriais, 1968.

² Os primeiros momentos - anos 1912 a 1914 -, embora suas leituras sociológicas e filosóficas tenham iniciado aos quatorze anos de idade, são dirigidos preferencialmente à sua formação jurídica e, em especial, à leitura e conhecimento dos clássicos das doutrinas políticas, o que irá se refletir em muitos escritos, os quais estarão referencialmente atrelados a estes estudos. Nesta trilha podem ser citados, a título exemplificativo, obras como: *La Doctrine de Th. Prokopovitch et ses Sources Européennes (Grotius, Hobbes, Pufendorf)*. Dorpart, Ed. de l'Université de Dorpart, 1915 (com o qual ganhou medalha de ouro em concurso universitário); *Rousseau et la Déclaration des Droits. L'Idée de Droits Inaliénables de l'Individu dans la Doctrine Politique de Rousseau*. Pétrograd, ed. Wolff, 1917; *La Philosophie du Droit de Otto von Gierke*. Tübingen, ed. Mohr, 1922.

posturas anti-individualistas e antiestatalistas, afastando-se do reducionismo social que coloca no indivíduo a posição fundamental de ator social, centrando suas preocupações neste indivíduo como "mônada isolada", sequer na simplificação da realidade àquela do Estado, privilegiando a ocorrência de manifestações extra-estatais, ou sociais, para alguns fenômenos típicos da estatalidade, em especial, como veremos, o fenômeno jurídico. Tais posições influenciarão definitivamente o autor em suas percepções multifacetadas dos fenômenos sociais, especificamente da normatividade.³

É, definitivamente, a sua dúplice formação - jurídica e filosófica - bem como a sua experiência vivida, inclusive no período da Revolução Bolchevique, que consubstanciarão no seu intelecto muitas das idéias que o perseguirão por muito tempo, influenciando sua trajetória e marcando suas posições futuras. A experiência direta com este período revolucionário revela ao autor várias das idéias que serão traduzidas mais tarde em sua trajetória acadêmica, entre elas a do direito social nascendo espontaneamente, independente do Estado e de sua ordem jurídica, podendo relacionar-se com esta de variadas formas.⁴

Tendo sido levado a deixar a, então, União Soviética, em Outubro de 1920 chega a Praga, onde vai lecionar na Faculdade de Direito, até 1924. Já em 1925 instala-se na França, país que não mais deixará, à exceção do período de

³ Como expressa o próprio GURVITCH em *O Meu Itinerário Intelectual ou o Excluído da Horda* o seu interesse estará dirigido a todas as posições antiindividualistas e antiestatalistas, reforçando, assim, a idéia do social e recusando o seu reducionismo a uma de suas expressões, qual seja, o Estado.

⁴ *ibidem*, pp. 648-649.

ocupação nazista quando, então, permanece refugiado nos Estados Unidos da América.

Influenciarão sua doutrina as suas experiências iniciadas na URSS, passando pela Tchecoslováquia, França - sua pátria por opção - Alemanha e EEUUA.

Obras capitais, todavia, na trajetória que vimos priorizando são as suas duas teses para a obtenção do *Doctorat ès Lettres*, acerca da idéia de direito social: *L'Idée du Droit Social. Notion et Système du Droit Social. Histoire Doctrinale depuis le XVIIème siècle.* (1931) e, *Le Temps Présent et l'Idée du Droit Social.* (1931), as quais são sustentadas filosoficamente em *L'Expérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit.* (1935). Tais estudos têm seguimento, após as teses supracitadas, com um artigo sobre a teoria pluralista das fontes do direito positivo - *Le Problème des Sources du Droit Positif.* (1934) - e com *L'Expérience Juridique et la Philosophie Pluraliste du Droit*, mencionada anteriormente⁵.

Este caminho, trilhado por Gurvitch, desembocou em uma sociologia jurídica definida como o estudo da plenitude da realidade jurídica, bem como da transmutação das técnicas e doutrinas jurídicas, do papel dos grupos e das

⁵ São, bem certo, os dois trabalhos de 1931, acerca do direito social, que representam o auge do pensamento de Gurvitch nesta seara. É o próprio autor que salienta: *Mon ambition était grande. Ces thèses se proposaient de montrer d'une part que la sociologie du droit possédait une primauté sur les techniques juridiques appropriées à un régime particulier, et d'autre part que le droit social, non étatique, ignoré souvent par les juristes, étant engendré par chaque nous, chaque groupe, chaque classe, tantôt d'une façon spontanée, tantôt par les précédents, coutumes, pratiques, etc...détenait à notre époque une force propulsive et explosive particulière.* Ver: *Mon Itinéraire Intellectuel ou l'Exclue de la Horde.*

regularidades na formação do Direito, no interior tanto de estruturas globais ou genéricas, quanto de parciais ou setorializadas.

Em 1944 publica um livro - *Déclaration des Droits Sociaux* - com o fito de influir na elaboração da Constituição da IVª República francesa. É o momento em que retorna à França, após período nos Estados Unidos da América (1940-1945), e às suas atividades junto à Université de Strasbourg, onde ensinava sociologia no pré-guerra. Com esta obra procura atribuir praticidade às suas teorias. Opera nela a construção do que pretendia fosse o capítulo regulador das relações de trabalho e seus consectários na ordenação fundamental da França do pós-guerra.

A compreensão deste pensamento ser-nos-á útil para o entendimento renovado da problemática do direito estatal no momento em que aprofunda uma litigiosidade e uma busca de ordenação da mesma que têm em comum seu objeto, qual seja questões de natureza transindividual.

Mas, afinal, quais são as bases de suas formulações? Há efetivamente uma dicotomia entre um direito do Estado e direito(s) social(is)? Quais os vínculos que podem ser estabelecidos entre eles?

2.2.O Direito da Sociedade: a idéia de direito social

A *idéia de direito social*, em verdade, se aprofunda neste século, uma vez que o debate próprio à diferenciação de um direito societário, em contraposição ao individualismo herdado da tradição, pode ser remontado à *École du Droit Social Natural*, onde, como *jus sociale naturale*, o termo direito social foi pronunciado pela primeira vez.⁶

Apesar desta possível delimitação histórica, datando dos séculos XVII-XVIII, isto não significa a inexistência de qualquer resquício arqueológico acerca da idéia de Direito que não aquele próprio do indivíduo isolado. Esta pesquisa pode nos levar a reconhecer sinais de um direito social na Idade Média, onde, todavia, os traços significativos de distinção de um direito de natureza comum(nitária) em relação a um outro de caráter individual ainda não se constituíam.⁷

Ainda no interior do debate histórico, seguindo a trilha do pensamento de Hauriou - jurista francês ligado, juntamente com Duguit, à *escola do objetivismo francês*⁸ - podemos confirmar a preferência pelo estabelecimento, nos dois séculos que nos precedem, da inserção definitiva da idéia de direito social. Para Hauriou, o direito social somente se constitui após o triunfo do individualismo, como seu

⁶ Ver a respeito: GURVITCH, Georges. *L'Idée du Droit Social*. Paris: Sirey. 1931. p. 171

⁷ *ibidem*, pp. 163 e ss., em especial pp. 167-168

⁸ Este tema é tratado por GURVITCH em *L'Idée...*, parte 5, pp. 505-710.

adversário. Assim, para Hauriou, é no século XVIII que se colocam definitivamente frente a frente o individualismo jurídico e a teoria do direito social.

A idéia do direito social é, portanto, um produto essencialmente dos tempos modernos. Foi necessária, como salienta Gurvitch, a emancipação total do pensamento humano no Renascimento, a afirmação de um pluralismo de sistemas equivalentes, a liberação da sociedade humana - como totalidade - de sua confusão com outras espécies de totalidades, uma síntese entre individualismo e universalismo, para que florescesse a construção de um pensamento acerca de um outro Direito, ligado não mais ao indivíduo isolado mas ao(s) grupo(s) social(is), o(s) qual(is) integra.

Paralelamente a esta definição, interna à discussão mais estritamente jurídica, podemos situar o debate produzido no interior da teoria política, onde se apresenta de forma elucidativa o processo de transformação por que passa o Estado, em especial no período que medeia a nomeada Primeira Revolução Industrial e as primeiras décadas do século XX.

Nesta trajetória, a grosso modo, podemos observar dois fenômenos que, embora intimamente relacionados, podem ser propostos separadamente. É, bem evidente, que o estudo destas situações, a muitas reprises já realizado, é significativo para a compreensão límpida da importância que assume e da duplicidade em que se apresenta a cristalização da idéia de direito social.

A duplicidade de situações a que aludimos acima pode ser sintetizada da seguinte forma:

A. De um lado podemos dirigir nossa atenção para a transformação que se opera na sociedade a partir, principalmente, do momento em que o processo de industrialização acarreta uma alteração radical no modo de vida moderno. Sem considerar as condições em que se produzem tais mudanças, podemos privilegiar dois aspectos cruciais: o primeiro diz respeito a tudo o que significa o surgimento e crescimento acelerado do que se convencionou chamar *classes operárias* vinculado direta e imediatamente às transformações das relações de produção; o segundo, que é seguramente atrelado ao anterior, se relaciona com o processo de urbanização. Ambos refletem a concentração do trabalho imposta pelo modelo industrial e pela unificação da produção na fábrica.⁹

Outro dado que joga sua importância no interior deste processo de mutação, e que vai se mostrar mais claramente em um momento posterior, onde a questão ecológica - em especial - assume relevância, diz com o custo que o processo produtivo tem em relação à qualidade de vida das pessoas. O aspecto central que irá assumir este conceito na segunda metade do século em curso mostra bem a impossibilidade de negligenciarmos o seu papel.¹⁰

⁹ Com relação a este tema, para não referir a bibliografia recorrente, podemos indicar os apontamentos feitos em nossa dissertação de mestrado *Trabalho, Tempo e Democracia: problemas e perspectivas da sociedade do trabalho*. P.U.C.-R.J., 1989. 118p. (mimeo.)

¹⁰ O conceito de *qualidade de vida* assume importância radical no interior da concepção de interesses transindividuais, sendo empregado sucessivamente nas legislações específicas. Ver, para a experiência brasileira, p. ex., Constituição Federal/1988, Código do Consumidor, etc... Voltamos ao tema nos caps. III e IV desta tese.

B. De outro lado, convém assinalar, sob o prisma ideológico, que, ao mesmo tempo em que, privilegiadamente, temos a situação apresentada acima - item "a" - vemos desenrolar-se o aprofundamento do pensamento liberal que carrega em seu interior um arraigado apego ao ideal individualista, aos valores do individualismo. A teoria liberal, sob os seus vários aspectos, maximiza a figura do homem-singular, o indivíduo, único capaz de julgar sobre suas paixões e interesses. O projeto jurídico que daí decorre assume, efetivamente, como figura central e intocável de sua estrutura este homem só, alheio e alienado de seu meio ambiente, titular exclusivo de bens e direitos. Assim, o *direito individual* - como *direito subjetivo* - será a expressão jurídica do modelo liberal.¹¹

Todavia, a reação ao projeto liberal se faz sentir, desde logo, com a profusão das doutrinas socialistas e, também, com as crises vividas por este modelo que impelem, por vários caminhos, à reinserção social este indivíduo isolado de seu contexto sócio-histórico. Conseqüentemente, o privilegiamento da idéia de comunidade - em senso largo - vai permitir, no campo jurídico, a sustentação da idéia de direito social.

Logo, os aspectos teórico e conjuntural têm participação fundamental, no transcurso dos dois últimos séculos, na formulação desta idéia de direito.

É também um certo direito social que, no limiar do século XX, delineará a conjugação de uma nova idéia de Estado - em muito ainda próxima do perfil liberal - o qual passará a ter funções positivas, deixando de lado o seu feitio

¹¹ Ver a respeito, abaixo, cap. III, 3.2.1. Interesses Individuais.

minimalista atrelado à segurança interna e externa. O papel do Estado passa, então, a regulador e promotor do bem-estar social. É a idéia do *Welfare state* que se comporá efetivamente no pós-45, onde o aspecto promocional passa a integrar definitivamente o vocabulário jurídico-político do século XX.¹²

É o direito social, também, que, embora muitas vezes visto tão só como conjunto de regras próprias à disciplina das relações de trabalho e à organização das questões relativas à seguridade social, é proposto por Gurvitch como uma espécie de auto-regulação comunitária, privilegiadamente alheia à normatização estatal. Neste sentido pode-se ler, neste autor, a crítica a uma visão limitada do direito social, ligada à idéia de política social do Estado, ou seja, como normas estatais próprias à regulação das relações de trabalho e seus consectários, como previdência, aposentadoria, assistência, etc., muito embora ele mesmo esteja, em muitos momentos, como que limitado a uma percepção assim reduzida.¹³

Para Gurvitch, o direito social visto apenas como um conjunto de regras jurídicas, especialmente as leis produzidas pelo Estado, protetoras dos despossuídos da sociedade e organizando a intervenção do Estado no domínio econômico, tem um duplo risco, pois, desde logo propõe uma interpretação errônea do fenômeno, escamoteando o aspecto da pluralidade de ordens aberto pela idéia mesma de direito social e caracterizado pelo fato de que (...) *chaque groupe et chaque ensemble*

¹² Não consideramos, aqui, um viés crítico a este modelo estatal, no qual se vislumbra o aprofundamento de um individualismo na relação do indivíduo-cidadão, titular de direitos e interesses, com o aparato burocrático do Estado responsável pela satisfação dos mesmos. A questão do *Welfare state*, todavia, será recorrente nesta tese pela razão óbvia de sua inafastável vinculação com nosso tema.

¹³ Veja-se, neste sentido, seu *Déclaration des Droits Sociaux*, onde como já dito, objetiva propor a regulação própria às relações de trabalho na Carta francesa de pós-guerra.

possède, en effet, la capacité d'engendrer son propre ordre juridique autonome réglant sa vie intérieure. Por outro lado, uma tal hermenêutica teria uma implicação ideológica em razão do atrelamento do direito individual à teoria estatista e monista do Direito, privilegiando o aspecto do monopólio jurídico do Estado e seu instrumento de ação, a lei, como único pólo reconhecido de produção e fixação de um determinado tipo de Direito. Neste sentido sustenta Gurvitch que o Direito do Estado é apenas uma das ordens de Direito de diferentes gêneros e que, sendo ele um ensaio de realização da Justiça, a sua organização, baseada na sanção incondicionada, para legitimar-se precisa estar apoiada em um direito pré-existente na sociedade a que se vincula.¹⁴

Postura semelhante irá assumir François Ewald, autor francês e um dos poucos juristas contemporâneos a perseguir a trajetória de Gurvitch. Diz Ewald:

Dans cette perspective le droit social ne serait pas simplement les disciplines juridiques qui traitent du travail et de la sécurité sociale. Le droit social serait un ensemble des pratiques juridiques vu comme espace normatif et cognitif, où se fait l'articulation du droit et du social dans aucune rapport de causalité ou de reflet, mais dans une perspective de stratégie cognitive capable de permettre le dépossession des clivages figés dans le droit, comme celle de sujet et objet, de normativisme et de sociologisme pour

¹⁴ Ver sobre este aspecto: GURVITCH, Georges. *La Déclaration des Droits Sociaux*. Paris, Vrin. 1946. pp. 72-73.

*adopter un rapport de complémentarité et de communication.*¹⁵

É nesta ótica, de um Direito produzido pela própria sociedade, uma regulação autônoma de cada grupo, alheia ao direito estatal, que Gurvitch busca ancorar sua idéia de direito social, não apenas como a regulação de uma parcela das relações sociais, tais as relações de trabalho ou as questões relativas à seguridade social, muito embora, como se vê do conjunto de sua obra, o grande estuário desta idéia, mesmo nos anos 1930/1940, seja ainda estes dois campos, os quais, ao lado do direito internacional, oferecem a base explicativa de sua teoria, apesar de haver a consideração, em várias passagens, de aspectos relativos às relações de consumo.¹⁶ Ou seja: embora discorde deste atrelamento, busca nele uma sustentação às suas explicitações.

Mas, visto sob este ângulo, o que significa direito social? Qual o conteúdo atribuído a este direito qualificado especialmente por sua origem?

Para chegarmos a esta compreensão é indispensável que busquemos a definição mesma do objeto. Em Gurvitch, tomado aqui como autor paradigmático, a noção de direito social assume a feição de

¹⁵ EWALD, François. *Le Droit du Droit*, Archives de Philosophie du Droit, T. 31, Le Système Juridique, Paris, Sirey, 1986. pp. 251-252

¹⁶ Ver neste sentido: GURVITCH, Georges. *Le Temps Présent et l'Idée du Droit Social*. Paris, Vrin. 1931. Também, *La Déclaration des Droits Sociaux*. Paris: J. Vrin. 1946.

...un droit autonome de communion, intégrant d'une façon objective chaque totalité active réelle, qui incarne une valeur positive extra-temporelle. Ce droit se dégage directement du "tout" en question pour en régler la vie intérieure, indépendamment du fait que ce "tout" est organisé ou inorganisé. Le droit de communion fait participer le tout d'une façon immédiate à la relation juridique qui en découle, sans transformer ce tout en un sujet disjoint de ses membres. Le "droit d'intégration" institue un pouvoir social qui n'est pas essentiellement lié à une contrainte inconditionnée et qui peut pleinement se réaliser dans la plupart des cas par une contrainte relative à laquelle on peut se soustraire; sous certaines conditions ce pouvoir social fonctionne parfois même sans contrainte. Le droit social précède, dans sa couche primaire, toute organisation du groupe et ne peut s'exprimer d'une façon organisée que si l'association est fondée sur le droit de la communauté sous-jacente objective et en est pénétrée, c'est à dire lorsqu'elle constitue une association égalitaire de collaboration et non une association hiérarchique de domination. Le droit social s'adresse, dans sa couche organisée, à des sujets juridiques spécifiques - personnes collectives complexes - aussi différents des sujets individuels isolés que des personnes morales - unités simples - qui absorbent la multiplicité de leurs membres dans la volonté unique de la corporation ou de l'établissement.¹⁷ (grifos nossos)

¹⁷ Ver GURVITCH, *L'Idée du Droit Social*, pp. 15-16

Pode-se, então, dizer que o direito social gurvitchiano refere-se a uma normatividade de integração na qual a sanção, como mecanismo de constrangimento ao cumprimento da ordem jurídica, não tem papel fundamental, estando referido especialmente a grupos não-hierarquizados onde, não sendo unidades simples (indivíduos), não há a redução do grupo a uma unidade coletiva tal como ocorre com as nominadas pessoas morais ou jurídicas.

2.3. Características do Direito Social

Com a explicitação da idéia de direito social, pretendemos distinguir, a partir de Gurvitch, as características próprias ao direito social, as quais podem ser assim expostas:

A. Tem como função geral: a *integração objetiva de uma totalidade*, o que significaria que, o fazer parte ativa em uma ordem dada não implicaria, mesmo com a imposição de obrigações, uma superposição da mesma sobre seus membros de forma desvinculada;

B. o fundamento da força obrigatória do Direito Social vem do próprio grupo que se auto-regula, uma vez que este Direito é engendrado por cada grupo diretamente;

C. conseqüentemente, o objeto do direito social é a regulação interna da totalidade do grupo que ele compõe;

D. a estrutura da relação jurídica de direito social é dada pela participação do todo como um sujeito não-exterior - não-estrangeiro - aos membros do grupo, individualmente tomados;

E. sua manifestação externa apresenta-se, à diferença do direito estatal, como um poder social do todo sobre seus membros, inexistindo, como regra, a possibilidade de sanção incondicionada, pois há sempre presente a alternativa de o interessado - sujeito passivo - retirar-se do grupo independentemente de autorização;

F. primazia no interior do grupo ao direito social inorganizado em relação ao direito social organizado, à exceção de que este esteja justificado naquele e seja, então, um verdadeiro *droit d'intégration*;

G. os sujeitos do direito social são as *personas coletivas complexas* que, à diferença dos atores de direito individual - *soit des individus disjoints, soit des personnes morales, conçues comme des unités simples, absorbant complètement leurs membres* - possuem uma estrutura que consiste na *organisation de l'unité à l'intérieur même d'une multiplicité, dont les membres conservent leur personnalité partielle dans le sein de la personnalité totale*. Ou seja: não há diluição do membro na totalidade do grupo¹⁸, o que, a contrário senso, poderia ser chamada de *pessoa*

¹⁸ *ibidem*, pp. 16-35

coletiva simples em razão de em estabelecendo uma nova unidade, fazer desaparecer em seu interior os membros - indivíduos.

Em nossa perspectiva, podemos expor este direito social como (1)um direito de comunhão (integração), (2)um direito de coletividades, (3)um direito interior, onde (4)não há separação entre produtores e consumidores jurídicos e (5)cuja efetividade não está atrelada à idéia de sanção incondicionada, como repressão ao comportamento desviante.

Expondo mais uma vez a concepção de direito social, diz Gurvitch ser

...le droit autonome de communion par lequel s'intègre d'une façon objective chaque totalité active, concrète et réelle incarnant une valeur positive, droit d'intégration (ou si l'on préfère d'inordination), aussi distinct du droit de coordination (ordre du droit individuel) que du droit de subordination, seules reconnus par les systèmes de l'individualisme unilatéral.¹⁹

Nesta passagem fica evidente no pensamento do autor a distinção entre o direito social caracterizado como um direito de integração e o direito individual atrelado à idéia de direito de coordenação, com a possibilidade de transmutar-se em

¹⁹ *ibidem*, p. 11

uma ordem normativa de subordinação ou de dominação caracterizada pela sujeição incondicional a uma ordem normativa individual.

Ele ainda explicita em outra obra:

Nous définissons le droit social comme un Droit d'Intégration, opposé aussi bien au droit de séparation délimitative qu'au droit de subordination ou de domination(...)engendré pour chaque fusion partielle pour chaque interpénétration dans le "nous" qui est à la base normale de la vie de toute groupe.²⁰

2.3.1. Os Fatos Normativos

Dentro da perspectiva aberta por Gurvitch, é imprescindível que realcemos um outro aspecto fundamental para a caracterização da idéia de direito social, os *atos normativos*, para os quais o autor atribui uma posição central como fontes primárias ou materiais do Direito. Estes se configuram como fatos sociais que têm a capacidade de, por sua tão só existência, apreenderem valores positivos e, assim, produzirem condições mínimas de justiça.

²⁰ Ver: GURVITCH, Georges. *La Déclaration des Droits Sociaux*. Paris: Vrin. 1946. p. 75

Tal conceito, como diz A. J. Arnaud, Gurvitch vai buscar nos elementos da vida jurídica, componentes do Direito constituídos pela idéia de justiça.²¹

Um fato, para consubstanciar-se em fato normativo deve, além de sua durabilidade temporal, ser, desde sua origem, penetrado por valores jurídicos e materiais atemporais.

Como salienta Gurvitch:

*Pour qu'un "fait normatif" puisse être considéré comme normatif, il doit pouvoir se justifier comme tel: les valeurs qu'il incarne doivent se justifier comme des valeurs positives, s'affirmer comme rattachées à la justice et comme servant à l'idéal moral.*²²

Para o autor, conforme pode-se observar em seu *L'Idée du Droit Social*, não há uma precedência de criação entre a comunidade e o Direito, ambos nascendo e se afirmando juntos. São estas comunidades, nas quais a sua constituição pelo Direito e a geração de um Direito se concretizam conjuntamente, que referem fatos normativos.²³ Assim, em razão desta imbricação, ele busca escapar ao problema do

²¹ ARNAUD, André-Jean. *Critique de la Raison Juridique*. v. 1. Paris: LGDJ. 1981. p. 122

²² GURVITCH, Georges. *L'Idée...*, p. 129

²³ *ibidem*, p. 19

debate acerca da autonomia ou heteronomia do Direito em relação ao social. Direito e força não podem ser isolados ou identificados inexoravelmente. Mas, por outro lado, Gurvitch incorpora valores ideais, tais como a justiça e a moral.

Este conceito - fatos normativos - carrega, como aponta o autor, a idéia de um valor jurídico e moral ao mesmo tempo; são as *idées-actions*.

Para Antoine Garapon²⁴ tal situação poderia ser exemplificada tomando-se a O.N.U. como representativa de um fato normativo, sendo ao mesmo tempo um fato político e uma realidade jurídica indissociáveis. Neste caso seria impossível distinguir se é a vontade política da ordem internacional que cria o Direito, tornando-o obrigatório ou, ao contrário, se é o instrumento jurídico internacional que estimula a cooperação política formalizada no organismo internacional. A primazia é impossível de ser estabelecida com nitidez, o que caracterizaria a idéia de fatos normativos proposta por Gurvitch.

Por fim, pode-se acrescentar que, na trilha das fontes do direito, os tais fatos normativos podem agir de duas formas distintas:

1) *indiretamente*, através das fontes tradicionais (leis, costumes, etc.) que o formalizam;

2) *diretamente*, por intermédio da atuação dos juristas.

²⁴ Ver: GARAPON, Antoine. *L'Idée de Droit Social: Georges Gurvitch* in BOURETZ, Pierre (org). *La Force du Droit*. Paris: Esprit. 1991. p. 219

*Ainsi, le fait normatif justifie-t-il en lui-même son autorité, c'est-à-dire le respect spontané des membres de la communauté en le dispensant d'avoir recours à la contrainte d'État, en même temps qu'il dépossède également les autres sources formelles du droit de leur trop grand prestige ou plus exactement de leur prétention à resumer toutes les formes de droit.*²⁵

A consequência de uma tal postura será evidenciada pela distinção feita por Gurvitch entre *droit positif formel* e *droit positif intuitif*. Enquanto aquele identifica-se com a normatividade estatal produzida a partir da concepção estatista e individualista, este advém da compreensão que o jurista retira da observação dos fatos normativos. Aquele é, então, uma espécie particular do direito positivo e não a única.

A existência harmônica e equilibrada entre estas espécies de Direito Positivo representa a possibilidade de desenvolvimento jurídico, já que significa uma boa adaptação do direito positivo formal ao intuitivo, referendando, assim, a cristalização dos fatos normativos.

Do contrário, estaríamos frente a uma situação de ruptura em que o descompasso entre ambos leva à necessária prevalência do último, por melhor representar tais fatos. Esta dissintonia refere a incapacidade momentânea de o direito positivo formal exprimir, como deveria, os fatos normativos, assim como permite a

²⁵ *ibidem*, p. 219

suposição de uma normatividade atrelada a fatos normativos. Isto se refere à possibilidade de emergência e de referência a uma ordem de base social.

2.4. Espécies do Direito Social

Para que possamos avançar para o debate acerca do caráter integrativo do direito social, na perspectiva aberta por Gurvitch, é mister que elucidemos as diferentes espécies em que se pode apresentar o tipo genérico *direito social*.

Neste traço podemos distinguir, juntamente com tal autor, quatro conjuntos de direito social. No primeiro deles podemos dicotomizá-lo em *direito social objetivo* e *direito social subjetivo*; no segundo, em *direito social organizado* e *direito social inorganizado*; no terceiro, em *direito social particularista* e *direito social comum*; no último, em *direito social puro* (e independente ou submisso à tutela do direito estatal), *direito social anexado* e *direito social condensado*.

Embora todos eles tragam agregado o adjetivo social, há distinções intrínsecas que, em muitos casos, o descaracterizam frente ao conceito proposto.

Vejamos cada um deles.

2.4.1. Direito Social Objetivo e Subjetivo

No primeiro momento, pode-se pensar o espectro do direito social a partir de uma distinção tradicional ao campo jurídico, qual seja: a separação entre direito subjetivo e direito objetivo.

Embora esta seja uma separação usual para a teoria jurídica, salienta o autor a necessidade de determinar a diferença entre o cunho subjetivo do direito sob o aspecto social, daquele atrelado ao direito individual já clássico. Consubstanciada a idéia de direito objetivo como conjunto de instituições e normas componentes de dada ordem jurídica - visível tanto no interior do direito individual quanto no do direito social - cabe, agora, demonstrar a distinção sob o seu aspecto subjetivo, qual seja, o conjunto de competências que essa normatividade objetiva confere aos seus titulares.

O que se deve considerar, neste momento, é que há um inevitável entrecruzamento entre esses espectros no campo individual e no campo social, pôsto que, da mesma forma que para o direito individual, o direito social incorpora à sua ordem objetiva uma titularidade, ou seja, ao direito social objetivo liga-se um direito social subjetivo atribuído aos sujeitos componentes do grupo e/ou a este diretamente como *personalidade coletiva complexa* que se apresenta como organização da unidade no interior da multiplicidade, onde seus membros conservam sua personalidade parcial. Isto permite distinguir a titularidade do direito social que não fica reduzida a uma unidade, seja individual ou coletiva. Esta coletividade

complexa não reduz os seus membros a simples partes componentes de um "grande" indivíduo múltiplo.²⁶

Aqui, no âmbito do direito social, se reproduz a dicotomia atribuída ao direito individual - *direito objetivo* como um conjunto de instituições e regras que formam a ordem jurídica; *direito subjetivo* como conjunto de competências que estas regras atribuem aos sujeitos aos quais se dirigem - sem que, assim, se esteja identificando direito subjetivo com direito individual.

Assim,

*...le droit social ne peut être conçu sans que son ordre objectif attribue aux sujets auxquels il s'adresse des droits sociaux subjectifs, et le droit individuel ne peut s'affirmer sans que les droits subjectifs individuelles se fondent sur un ordre objectif de ce même droit individuel servant de base à l'attribution des prétentions.*²⁷

Ocorre, assim, para o autor uma implicação entre direito objetivo e direito subjetivo que independe de sua origem coletiva ou individual, social ou

²⁶ Ver a este respeito: GURVITCH, Georges. *L'Idée...* pp. 32-35, bem como o cap. V da parte 4, onde explora de forma específica, em seu § 3, a Teoria da Personalidade Complexa de Otto von Gierke.

²⁷ GURVITCH, *L'Idée...* pp. 47-49, em especial p. 48

estatal²⁸, com a ressalva à titularidade atribuída às nominadas pessoas coletivas complexas.

2.4.2. Direito Social Organizado e Inorganizado

A segunda distinção, referente à organicidade do direito social, coloca-se no sentido de demonstrar que a base fundante do mesmo não se encontra na formulação orgânica de grupo ou grupos, mas em uma integração puramente objetiva, como ele salienta, ou seja, a sua força obrigatória não advém da existência e conformação de um ente personificador, muito embora este possa existir.

Há, assim, uma preferência pelo direito social inorganizado, pois esta camada se apresenta muito mais rica em qualidades do que é possível ser exprimido por seu conjunto organizado. Em razão disso, é quase que inevitável a incapacidade de o direito social organizado, embora fundado no inorganizado, representá-lo integralmente. Assim, crê Gurvitch que somente se

... l'organisation superposée se justifie par sa conformité avec le droit social inorganisé à l'influence duquel cette organisation est entièrement ouverte et qu'elle fait valoir ,

²⁸ Deve-se ter presente que hoje se discute o problema da identificabilidade dos titulares do direito subjetivo quando se trata de interesses transindividuais de tipo difuso. Ver adiante cap. III desta tese.

*l'association est en état de formuler elle-même un nouveau droit social organisé, continuant et couronnant l'oeuvre d'intégration dans le tout.*²⁹

Portanto, o tipo de grupo ao qual está atrelado o direito social é que permitirá a expressão de uma verdadeira ordem social sob a forma organizada. Então, é somente através de associações de colaboração e/ou de cooperação não-hierárquicas que se alcançará uma identificação entre aquele direito social formulado pelas camadas inorganizadas e sua consubstanciação sob a forma organizada.

2.4.3. Direito Social Particular e Comum

Já a diferenciação que se estabelece entre um direito social particularista e um direito social comum é sobremaneira menos complexa. Aqui, o que se vislumbra é a separação entre uma ordem normativa social ligada a determinados grupos e/ou setores sociais e, uma outra ordem normativa adstrita ao gênero, ao conjunto, destes grupos e/ou setores sociais. Desta forma, pode-se dizer que o direito social comum direciona sua atenção a um interesse genérico, global, enquanto o direito social particular se refere a uma parcela de interesses que dizem respeito a

²⁹ GURVITCH, *L'Idée...* p. 30

uma fatia, um segmento, da comunidade. Percebe-se que, nesta situação, há uma predominância do direito social comum por sobre o particular, com a premissa de que aquele seja a projeção das pretensões comuns dos grupos atingidos.

Como diz Gurvitch:

*Le droit social de la communauté englobante, si celle-ci incarne l'aspect de l'intérêt commun commensurable avec l'intérêt particulier représenté par une de ses parties, en cas de conflit, se montre toujours prépondérant sur le droit social particulariste en question.*³⁰

2.4.4. A Pureza do Direito Social

Assume-se, contudo, como aspecto primordial da questão referente às espécies de direito social, o debate acerca de sua *pureza* e, ao seu lado, a problemática de sua *independência*.

Nesta linha, resumidamente, pode-se dizer que o direito é *puro* na medida em que não busca recurso em uma sanção incondicionada e, é *independente* quando,

³⁰ *ibidem*, p. 51

em caso de conflito com o direito estatal, ele se coloca em igualdade com este. Perderá esta característica quando, nesta situação, ele ceda passo à ordem estatal, colocando-se em relação de inferioridade, subordinação, à mesma. Caracteriza-se, neste momento, como um *direito social puro mas submisso à tutela do direito estatal*.

Entretanto, há, ainda, uma outra duplicidade de figuras do direito social, as quais permanecem em contraposição com o direito social puro. São elas: *direito social anexado e direito social condensado*.

O primeiro é aquele que, em razão de sua colocação a serviço da ordem jurídica estatal, perde sua pureza; o segundo, é o que se vincula definitivamente à ordem normativa do Estado, sendo esta, entretanto, produto de uma organização igualitária de colaboração, não perdendo com isto sua feição de ordem normativa social, apesar de, em sendo uma ordem estatal, assumir a sua característica fundamental, qual seja: o monopólio do poder coercitivo, sancionado. Em razão disto, esta seria uma forma muito especial de direito social.³¹

É interessante observar, ainda, que, no caso do direito social anexado, a sua autonomia tem sua eficácia dependente do regime do Estado ao qual é incorporado. Assim, ela será efetiva na razão direta do conteúdo democrático deste. Mas, como corolário mesmo desta autonomia, resta que o direito social anexado

³¹ Voltaremos a este tema a seguir, item 2.6.

permanece sempre adstrito à característica sancionadora do ordenamento jurídico-normativo estatal:

*Donc, le droit social annexé ne peut en aucune façon être considéré comme un contrepoids de l'étatisme, à l'instar du droit social pur, et particulièrement du droit social pur et indépendant.*³²

O que podemos observar nos marcos desta discussão, é uma opção teórica referendada por Gurvitch. O autor busca, a todo instante, assentar a sua teoria do direito social sobre o espectro de uma ordem jurídica que esteja subsumida em duas perspectivas fundamentais para que possa configurar, realmente, uma ordem de integração, quais sejam:

A. *Pureza*, ou seja, sua desvinculação relativamente ao aspecto sancionador próprio ao direito estatal, para que, assim, à norma de direito social não adira incondicionalmente uma sanção como forma de resposta jurídica ao seu descumprimento. O direito social retiraria sua eficácia de sua própria legitimidade como ordem normativa auto-instituída.

B. *Independência*, ou seja, como já dito acima, sua plena autonomia, ou mesmo, sua "soberania" como ordem normativa desvinculada daquela própria ao

³² GURVITCH, *L'Idée...*, p. 71

Estado. O direito social se estruturaria, basicamente, como uma(s) *outra(s)* juridicidade(s) paralela(s) àquela emanada pelo poder soberano estatal.

Ao lado de tudo isto, não se olvide que, a todo o momento, na configuração da idéia de direito social, tomando por base suas espécies, Gurvitch salienta a supremacia de seu aspecto inorganizado sobre o organizado, o comum sobre o particular, etc. Com isto, referenda sua opção por uma ordem normativa de direito social caracterizada por sua auto-instituição e, portanto, a desnecessidade de seu sancionamento, à espécie daquela de cunho estatal, em razão de uma identificação social com tal regulação.

2.5.O Direito Social como Ordem de Integração

A idéia de integração aparece como uma categoria central para a teoria do direito social apresentada a partir da obra de Gurvitch, pois implica na sempre possível descaracterização de uma ordem normativa como sendo um exemplo claro de direito social. Logo, à caracterização social de uma normatividade impõe-se o fato de ter uma base integrativa.

O direito social se assume como ordem integrativa pois está fundado sobre a confiança compartilhada pelos membros do grupo, pelo esforço comum e pela ajuda mútua. É este caráter comum(nitário) que permite traçar a linha

delimitativa que separa, de um lado, esta ordem integrativa e, de outro, uma ordem coordenativa ou uma ordem subordinativa. Estas, ambas, assumem a feição disjuntiva, seja por estarem ancoradas na desconfiança e no conflito - característico do direito individual (direito de coordenação) - seja por se apoiarem na sujeição (direito de subordinação).

A característica integrativa significa que a ordem normativa de direito social precisa renunciar aos pressupostos do individualismo jurídico e compreender que o Direito não tem o caráter unívoco da negação e da limitação, enquanto se assegura de seu feitio democrático:

Il faut se rendre compte que le droit est aussi un ordre de collaboration positive, de soutien, un ordre de paix, d'union, de travail en commun, de service social, aussi bien que un ordre de guerre, de séparation disjonctive, de réparation. Il faut apprendre à distinguer le droit de la morale, sans l'en détacher complètement, selon le procédé individualiste qui oppose à tort la sphère extérieure qui doit représenter le droit à la sphère uniquement intérieure que doit incarner la morale.³³

Aqui, uma primeira questão objetiva parece se colocar. É a de se saber o caráter moral/ético atribuído ao direito social. Para o autor citado, pelo que se

³³ GURVITCH, *L'Idée...*, p. 19

observa de suas palavras textuais, ao revés do direito individual de coordenação, que exclui todo o conteúdo transcendente como metajurídico, a normatividade social, calcada que é sobre um sistema de ajuda mútua, reincorporaria o conteúdo moral/ético da comum/união e de valores como instrumentos de legitimação próprios ao Direito. Resta em suspense, momentaneamente, a questão de elucidar se esta baliza moral/ética perpassa todo o espectro representativo-significativo do direito social ou se ela resta atrelada unicamente à idéia comunitária.

Parece-nos que a primeira hipótese se acerca melhor ao pensamento de Gurvitch, pois páginas adiante o mesmo afirma:

Et le droit aussi bien que la morale a des fonctions positives et non pas uniquement négatives: il ne fait pas qu'empêcher mais il aide; il remplit non seulement un rôle préventif, mais aussi un rôle éducatif; son action n'a pas pour seul résultat que la vie sociale ne devient pas un enfer, mais aussi qu'elle s'améliore d'une façon positive et effective.³⁴

Todavia, é a idéia de *integração* que está no núcleo diferenciador do direito social, significando tratar-se de um direito que se desenvolve a partir da totalidade à qual ele se dirige, o que a traduz como sendo *inordination, introduction*

³⁴ *ibidem*, p. 112

*dans un ordre où fait partie d'une façon active, et qu'impose des obligations, sans cependant se superordonner comme un élément disjoint et statique.*³⁵

Em assim dizendo, o que diferenciaria, o direito social seria a sua auto-imposição, ou seja, a possibilidade de o paciente se reconhecer na ordem emanada do grupo a partir do momento em que esta normatividade é percebida como auto-instituída pela participação deste na sua elaboração, uma vez que não há uma disjunção, tal qual se opera na ordem do direito individual; sequer uma hierarquização, como ocorre com o direito estatal e, muito menos, sujeição como quando a ordem normativa se perverte em subordinação, além de seus laços ético-morais.

A distinção básica que se põe doravante é, então, a que separa esta ordem integrativa da ordem de direito individual. Como diz François Ost:

L'alternative sous la plume de G. Gurvitch à tout le moins, se veut radicale. Son objectif n'est pas de rédiger un de ces essais indécis et incertains qui ne parviennent pas à rompre avec la tradition: il vise plutôt un véritable système novateur... un changement de paradigme. C'est à la base que le système classique est attaqué; en son fondement individualiste qui conditionne tout le reste: l'individu souverain et autonome posé comme fin suprême du droit, la volonté de l'individu en petit (l'homme) ou en grand (l'État

³⁵ *ibidem*, p. 18

centralisé absorbant ses membres dans une unité simple) considérée comme fondement exclusif de la force obligatoire du droit, *la soumission d'une multitude d'individus isolés à une règle générale et abstraite. A cet individualisme monolithique qui se produit soit comme droit de coordination (droit privé), soit comme droit de subordination (droit public), il faut opposer - pour rendre compte des réalités nouvelles telle l'autonomisation de la société économique, le développement du syndicalisme et des conventions collectives, la mise en place d'une société internationale - un droit social qui est à comprendre comme un droit d'intégration.*³⁶

2.5.1. Individual vs. Social

Uma vez afastada a importância do nominado direito de subordinação, visto apenas como caricatura da ordem jurídica ela mesma, seja estatal ou social, resta a dicotomia individual/social. É nesta dualidade que se assenta em definitivo o debate traçado por Gurvitch.

De um lado se coloca a tradição do individualismo jurídico como ordem normativa de coordenação, atrelada à idéia de exclusão, a partir de uma sociabilidade bilateral de indivíduos em oposição. Este direito de coordenação,

³⁶ OST, François. *Entre Droit et Non-Droit: l'intérêt*. Col. Droit et Intérêt. v. 2. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis. 1990. p. 164

próprio à normatividade estatal - pois é esta que, indiretamente, funciona como totalidade - tira sua obrigação (...) *de l'autorité du commerce existant entre ses membres en tant que centres disjoints du fait de leur liaison réciproque de l'un à l'autre*.³⁷

De outro, emerge a novidade da ordem social integrativa que traça a sua fisionomia a partir do *être ensemble*, onde os interesses, ao revés de se oporem, se igualam e se compõem e, onde a força obrigatória de sua normatividade está no fato da participação imediata no todo - a autoridade do grupo está, também, em cada um de seus membros.

Um pequeno quadro explicativo pode ser elaborado para apresentar esta divisão, a partir de alguns elementos característicos:

A. Obrigatoriedade

1. O direito individual busca-a indiretamente na totalidade, através de fatos normativos da relação com o outro;

2. o direito social retira sua obrigatoriedade diretamente do fato normativo de uma totalidade existente.

³⁷ *ibidem* p. 21

B. Sociabilidade

1. O direito individual incorpora uma sociabilidade repulsiva ou, dito de outra forma, uma *não-sociabilidade* calcada na exclusão;

2. o direito social tem uma sociabilidade real, congregacional, baseada na comunhão, na integração.

C. Valores Morais

1. O direito individual acentua valores individuais, pessoais;

2. o direito social incorpora valores comunitários, transpessoais.

Será, enfim, importante notar que, para chegar à compreensão do direito social como ordem integrativa, alheia à normatividade de coordenação, houve, ao lado da tentativa de delimitação de campos distintos, a pretensão de se repensar a noção mesma de Direito nos seus elementos caracterizadores, atrelando à mesma uma idéia de justiça. Passou-se a uma noção genérica de Direito, onde se realça seu feitio moral/ético como ordenamento de comunhão de interesses. Um Direito de feitio positivo que, em lugar de impedir, ajuda; ao invés de ser preventivo, é educativo; que tem como finalidade a melhoria da qualidade de vida das pessoas.

Uma tal redefinição significa direcionar o foco de atenções em direção a uma estrutura integrativa, em despeito de uma ordem coordenativa, que retira de seu conteúdo moral/ético o objetivo de realizar a justiça.

Neste quadro de idéias, se apresenta uma nova visão geral do Direito como

...un ordre positif que représente un essai de réaliser dans un milieu donné la justice...par un ensemble de règles multilatérales de caractère impératif-attributif, qui instituent une interdépendance strictement déterminée entre devoirs et prétentions correspondants tirent leur force obligatoire des faits normatifs, et admettent en certains cas la possibilité d'être effectués par la contrainte sans l'exiger nécessairement.³⁸

Fica claro, assim, que ao Direito corresponde uma dualidade simétrica de posições atreladas, uma ao seu feitiço repressivo, sancionador, própria à tradição individualista-estatal e onde a sanção desempenha um papel fundamental; outra, afetada ao seu caráter congregacional, quando a conduta prescrita pela norma é querida e, logo, sua concretização independe de sanção e, ao invés de reprimida, é premiada ou recompensada.³⁹ Com isto, o caráter constrangedor da sanção

³⁸ GURVITCH, *L'Idée...*, p. 111

³⁹ Para se compreender melhor o sentido atribuído às normas promocionais, ver: BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla Funzione*. Também, especial atenção deve ser dada à Apresentação elaborada pelo Prof. Dr. Tércio Sampaio Ferraz Jr., ao livro do mesmo autor: *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Polis.

desaparece como elemento central caracterizador da ordem jurídica, cedendo lugar a normas de natureza diversa.

Há, entre as ordens de Direito - de coordenação e de integração - uma certa predominância objetiva de um ou outro tipo de regra - repressiva ou promocional.

Assim, pode-se falar que, ao direito social corresponde predominantemente uma idéia premial, ao passo que, no campo do individualismo jurídico a forma constrictiva assume relevância quase que total, em decorrência mesmo do tipo de suportes fáticos que estão na base de cada um destes direitos, dessas normas: ao direito social, correspondem fatos normativos de comunhão, os quais permitem a comunicação dos membros do grupo entre si, ao passo que, para o direito individual relevam suportes fáticos de oposição recíproca, onde cada um dos elementos envolvidos se mostra de forma isolada e independente, em uma posição reciprocamente contraditória.

Desta forma, é evidente que, pelo seu próprio caráter comunitário, ao direito social aliam-se preferencialmente normas de cunho premial.

1989. Para Bobbio, a função promocional do Direito se caracteriza pela (...) *azione che il diritto svolge attraverso lo strumento delle 'sanzioni positive', cioè attraverso meccanismi, genericamente compresi col nome di 'incentivi', i quali mirano, anziché a impedire atti socialmente indesirabili, ciò che è il fine precipuo di pene, multe, ammende, riparazioni, restituzioni, risarcimenti, ecc., a 'promuovere' il compimento di atti socialmente desirabili. Questa funzione non è nuova. Ma è nuova l'estensione che essa ha avuto e continua ad avere nello stato contemporaneo: un'estensione in continuo aumento tanto da far apparire completamente inadeguata e a ogni modo lacunosa una teoria del diritto che continui a considerare l'ordinamento giuridico dal punto di vista della sua funzione tradizionale puramente protettiva (degli interesse giudicati essenziali da coloro che fanno le leggi) e repressiva (delle azioni che vi si oppongono). (pp. 7 e 8)*

Entretanto, o direito social, de que até aqui vimos falando, não tem uma forma unívoca, como uma ordem independente da ordem estatal, perceptível desde que a primeira aproximação dos distintos tipos de direito social foi feita acima.

2.5.2. Ordem Estatal e Ordem Integrativa

Como visto, uma ordem de integração desconectada do direito legislado pelo Estado se apresentaria como uma normatividade de direito social puro e independente, onde a regulação produzida pelo grupamento não teria nenhum tipo de vínculo em relação ao direito estatal - o que garantiria sua independência - ao mesmo tempo em que não se utilizaria, em nenhum momento, do mecanismo próprio a esta ordem, ou seja, a sanção incondicionada, como forma de fazer-se eficaz - característica da pureza.

A não-hierarquização entre estas duas ordens normativas, significaria que, em caso de conflito, haveria uma equivalência entre ambas, quiçá uma supremacia atribuída à ordem do direito social em razão de sua legitimidade originária. Por outro lado, a sua pureza estaria assegurada ao membro do grupo pois, mesmo existindo alguma regra sancionada, em caso de desconformidade restar-lhe-ia a possibilidade de abandonar a coletividade.

Esta seria, por assim dizer, a formulação melhor acabada da idéia de direito social, talvez a única normatividade estritamente adaptada à concepção de um direito de integração que se coloca como um mecanismo jurídico eficaz de limitação da atividade estatal desde que

...ce droit social pur s'affirme non plus comme un droit social particulariste, mais comme un droit social commun servant non pas à l'intérêt particulier des groupements egoïstes, mais à l'intérêt général, dans lequel se confrontent et se concilient plusieurs intérêts opposés.⁴⁰

Resta, todavia, em paralelo, um outro direito social em todo idêntico ao acima descrito, mas que, diante do conflito com o direito estatal, perde sua independência pois, se apresenta inferiorizado em relação a este. Para Gurvitch, tal situação, como já mencionado, caracterizaria um direito social puro mas submisso à tutela estatal que, mesmo perdendo o aspecto de independência, não deixaria de ser um mecanismo de colaboração no controle da ordem do Estado.

Neste sentido, ambos tendo por fundamento comum a formulação no interior do grupo como ordenamentos de integração, se diferenciariam, por um lado do direito social autônomo anexado pelo Estado que, embora se mantenha como um direito de integração de um grupo, perde seu aspecto de pureza, colocando-se a serviço do poder estatal e aliado à sanção incondicionada, deixando de ser um

⁴⁰ Ver: GURVITCH, *L'Idée...*, p. 39

elemento limitador da ação estatal e passando a representar um instrumento próprio do Estado, apesar de se mostrar como elemento interior de reestruturação do direito estatal; de outro, do direito social condensado, o qual é ligado a um tipo particular de Estado, que é o Estado Democrático.

É esse direito social condensado no interior de uma ordem estatal que poderá constituir, ainda, uma ordem de integração social, mesmo que como um tipo todavia diverso dos precedentemente apresentados, em razão de sua ligação interna com a característica central do direito estatal, ou seja, a sanção incondicionada.

Assim, para que esse direito, condensado na ordem jurídica estatal, possa ser ainda qualificado como uma ordem de integração social, é mister que esta normatividade estatal seja formulada a partir da regulação que se propõe a própria comunidade política. Portanto, neste caso específico, a perda de pureza, pelo vínculo à sanção incondicionada, não incapacita esta ordem de se formar como um tipo especial de direito social.

Bref, lorsque l'État est une association égalitaire de collaboration, le monopole de contrainte incondicionée, qui lui appartient, n'empêche pas son ordre juridique de s'affirmer comme une espèce particulière du droit social. Au contraire, lorsque l'État est une association hiérarchique de domination, sa liaison avec la contrainte incondicionnée souligne d'une façon toute spéciale le caractère subordonatif de son ordre juridique.⁴¹

⁴¹ *ibidem*, p. 85

2.6. O Direito Social Condensado

A idéia básica que Gurvitch desenvolve neste passo de sua elaboração teórica consiste em estabelecer um vínculo direto e imediato entre *democracia e direito social*, para dizer que, mesmo uma ordem normativa sancionada pode ser tida como uma ordem de integração social na medida em que esta normatividade seja penetrada pelo direito social da comunidade subjacente, através da incorporação pela ordem jurídica estatal das regras produzidas pelos grupos sociais, ou seja, o direito social que seria puro e independente se se mantivesse alheio ao ordenamento do Estado é transmutado em ordem jurídica deste, mantendo, contudo, sua origem. Esta normatividade democrática não se alienaria de sua base social, o que lhe permitiria configurar um modelo de integração social próprio, mesmo como um direito social organizado.⁴²

Sustenta este autor:

On peut dire d'une façon générale que toute structure démocratique au point de vue juridique est un droit social organisé, c'est-à-dire une forme d'aménagement de toute organisation (qu'elle soit économique, politique ou autre) grâce à laquelle toute garantie est donnée et pénétrée par le droit social de la communauté sous-jacente à cette

⁴² Gurvitch distingue o direito social organizado correspondente à organização superposta à totalidade inorganizada subjacente, qual corresponde o direito social inorganizado, fruto do poder social objetivo. Ver, op. cit. na nota anterior, pp. 28-32 e 47. Nesta monografia, cap. III.

organisation; ou a là un droit engendré par un nous vivant que ne s'aliène sous aucune forme. En ce sens l'État démocratique et son ordre juridique sont eux-mêmes la manifestation d'une espèce particulière du Droit Social, émanant de la communauté politique sous-jacente des citoyens (Droit Social de l'ensemble des Groupements de localité accompagné d'une contrainte incondicionnée)⁴³

Portanto, este direito social condensado que ocupa o espectro da ordem jurídica estatal, se apresenta como um direito social organizado e, como tal, deve exprimir-se através de associações de colaboração ou de cooperação. Somente uma organização estatal democrática poderá desempenhar o papel superestrutural indispensável para que essa ordem social internalizada na ordem estatal sirva de mecanismo para exprimir organizadamente o amplo espectro da ordem social inorganizada. Apenas uma ordem democrática - como ordem de integração - superposta, estaria em conformidade com esta normatividade social inorganizada, em razão de sua abertura sobre a própria sociedade.

O direito social condensado, apesar de perder sua "pureza original" - como ordem jurídica auto-instituída, por estar ligado ao caráter sancionador da ordem normativa estatal, manteria sua distinção diante da ordem de coordenação, pois asseguraria sua reflexibilidade social como um direito de comunhão.

⁴³ GURVITCH, *La Déclaration des Droits Sociaux*, pp. 77-78

Lorsque le Droit Social prend une forme organisée, il ne peut servir de base qu'à des associations égalitaires de collaboration. Les superstructures organisées des groupes donnent naissance à un Droit social organisé, mais seulement sous cette condition indispensable qu'elles soient aménagées d'une façon particulière: leur aménagement doit comporter toute garantie qu'elles vont rester enracinées dans les communautés spontanées sous-jacentes et qu'elles seront entièrement ouvertes à la pénétration par le droit social vivant qui en découle. Autrement le droit autonome des organisations dégénère en un droit subordonné de domination.⁴⁴

Aqui, apesar da perceptível trajetória contraditória com a ideia de um direito social vinculado à ordem estatal, Gurvitch assimila a possibilidade de uma composição entre ambos os espectros normativos - estatal e social - a partir de um pressuposto democrático que permita a identificação da organização do Estado com uma organização integrativa, produzindo um direito de integração baseado na confiança e na ajuda.⁴⁵

Esta brecha, aberta a partir da formulação deste direito social condensado no interior de uma ordem democrática, pode nos ser útil no momento de pensarmos a

⁴⁴ *ibidem*, p. 76

⁴⁵ Gurvitch constrói ...un modèle juridique inédit, basé sur une série de concepts originaux (droit social - ordre d'intégration - fait normatif - communauté objective - sources primaires - intérêt général comme conciliation d'intérêts en conflit - pluralisme des ordres juridiques), affiche l'ambition de supplanter le paradigme reçu. Ver F. Ost, *Entre Droit et Non-Droit: l'intérêt*, p. 166.

formulação normativa própria do *welfare state*, tomando-a como uma ordem reflexiva dos interesses sociais.

Entretanto, para que se possa pretender tal aproximação, convém que percorramos um caminho que nos conduz ao estudo do que chamamos *interesses transindividuais*, o que, de alguma forma, toca diretamente à teoria dos direitos sociais, e é o que nos ocupará a seguir - Capítulo III.

2.7. Democracia e Direito Social

Do que ficou assentado acima, entretanto, deve-se reter que, das diversas espécies de direito social pensadas por Gurvitch, duas nos causam especial interesse. A primeira diz respeito àquela que, sendo totalmente desvinculada da ordem estatal, representa o ideal, ou seja, o *direito social puro e independente*; a segunda, aquela que, embora maculada em sua pureza face ao seu caráter sancionador coercitivo, representa, todavia, a possibilidade de uma fórmula democratizada para a normatividade estatal. É a esta última que buscamos repensar, muito mais por uma questão instrumental do que por um descrédito absoluto à utopia de uma ordem baseada no consenso e na aceitação pacífica de seus postulados e, por consequência, da desnecessidade de uma base coercitiva como condição *sine qua non* para a sua própria continuidade.

É, entretanto, a fórmula de uma ordem de direito social condensado que buscamos refletir, para postular a inexorável pendência entre democracia e direito social, mesmo porque, se ficarmos ligados ao seu tipo puro e independente, esta vinculação também permanece, talvez, mais indispensável ainda.

O direito social, como construção de uma normatividade desde a base, impõe o seu atrelamento, a sua ligação imanente, a um conjunto social estruturado democraticamente. E, assim, para que tenhamos presente uma ordem de direito social, precisamos partir de uma sociabilidade estruturada como uma ordem democrática.

Esta necessidade coloca, para o direito social condensado, a perspectiva de uma normatividade que, embora ligada ao Estado, tem o condão de ser fruto/produção da própria sociedade, na medida em que o Estado deva ser pensado como uma organização não-hierarquizada na qual flui, autonomamente, a ordem jurídica.

Um problema que se apresenta para a aceitação desta postura é o relativo a, no caso, (im)possibilidade de afastamento, de ruptura, com a coerção atribuída a este tipo de direito social.

Sendo este modelo de normatividade algo produzido autonomamente pela própria sociedade, é mister que a mesma reflita invariável e contemporaneamente as pretensões normativas desta mesma sociedade, sob pena de desfazimento. Enquanto o direito social puro admite, por abandono do grupo, a possibilidade de fuga legítima

à sanção, o direito social condensado a tem por incondicional, e a tentativa de evasão seria tida como ilegítima. Todavia, pensamos, esta ilegitimidade só poderia ser deduzida quando a própria normatividade não estivesse envelhecida face à demanda normativa da sociedade. Mas, quem poderia afirmar tal situação? O indivíduo isoladamente; a sociedade ela mesma...? E, mais, sendo democrática na origem, de onde adviria tal defasagem caracterizadora do envelhecimento?

Aqui, temos alguns problemas. Se dissermos sim à segunda resposta apresentada à primeira questão, estaremos frente à situação de transformação da própria ordem normativa. Logo, a questão sugerida não atinge esta hipótese pois é um pressuposto da própria idéia de direito social exposta. Se estivermos frente à primeira solução mencionada temos dois caminhos incompatíveis que se mostram, pensados nos marcos definidos por Gurvitch. Se dissermos *sim* ao indivíduo isolado, este volta a ser o grande agente da normatividade, o que pode reconduzir a parâmetros de individualismo; se, por outro lado, dissermos *não* a esta possibilidade, atribuindo-a, tão só, à sociedade como um todo, então pecamos por uma supervalorização da incondicionalidade da sanção, o que conflitua com a pretensão do próprio direito social de ser uma ordenação onde a vinculação se dá pela compactuação, com a identificação com a norma, e não pelo temor da sanção.

Nesta situação paradigmática, nos situamos diante de uma encruzilhada. Por um lado, podemos pretender a superação do direito social pela própria realidade social, o que parece impensável à primeira vista, muito embora estejamos no interior do campo conceptual do direito social condensado. Por outro, se não há tal superação, trilhamos caminho distinto que nos leva, pela via da inexorabilidade da

coerção, a ver minguar o caráter compactual, integrativo e autônomo vinculado à idéia sustentada.

Colocamos lateralmente a primeira alternativa, ou seja, a questão relativa ao envelhecimento do ordenamento jurídico.

Pensando um pouco mais a segunda trilha aberta, podemos perseguir o debate que maximiza a forma democrática da ordem de direito social, da qual é consectária a possibilidade de escape à sanção pelo abandono do grupo. Aqui, pode-se inquirir até que ponto, por ser democrática uma ordem normativa, ela necessita, imprescindível, incorporar tal possibilidade ou se, pelo contrário, por ser democrática há a confluência de pretensões entre o indivíduo e o grupo, o que, conseqüentemente, afasta qualquer pretensão ao abandono da comunidade diante da identidade que se estabelece.

Parece-nos que, em ambas as alternativas, estamos perante uma hipótese de atuação democrática do sujeito. Se, por um lado, a hipótese de identificação, diante do caráter auto-instituído da norma, reforça a democracia da instituição face à mecânica de sua construção; por outro, a alternativa da fuga impõe-se como uma lógica própria ao sistema, na medida em que os componentes do grupo não sucumbem no seu interior e, sequer, no interior da ordem que estabeleceram.

Mas, como garantir contemporaneamente ambos os caminhos abertos, se parecem incompatíveis? Parece evidente que, se reforçamos a inexorabilidade da incidência da norma, estamos, ao mesmo tempo, reduzindo ou extinguindo a

possibilidade de sua neutralização pela fuga. A perspectiva do reforço garante, inclusive, a certeza do tratamento comum imposto a todos aqueles que se encontram na mesma situação - caráter essencial à democracia liberal, mas não apenas a ela. A possibilidade do abandono legitima a desconformidade, a diversidade, a divergência, características que, elas também, pertencem à definição de democracia - a algumas delas pelo menos.

Diante de tais dicotomizações, coloca-se uma outra visualização indicando uma tentativa de conciliação para permitir uma convivência harmônica de ambos os princípios.

Poderíamos pensar, então, o grupo dividido em dois tipos de instituições. Uma diria respeito a aspectos comuns restritos a pequenas parcelas da comunidade, o que chamaríamos de associações parciais e seriam em número variável. Outra estaria adstrita à totalidade da comunidade, ao grupo inteiro, sendo, então, única. As primeiras congregariam parcelas da comunidade a partir da comunhão de certas características. A segunda englobaria o grupo como um todo a partir da configuração de uma identidade genérica.

Nas primeiras, em razão de referirem interesses e pretensões limitadas, é necessário que se reforce ao máximo a garantia da exclusão, como mecanismo de escape colocado à disposição dos integrantes do grupo. Em razão de sua limitação, nada impede que admitamos tal possibilidade. Ao desaparecimento dos laços de conformação ao grupo, abre-se ao indivíduo a via de fuga, sem que isso signifique a quebra do pacto associativo geral.

A outra hipótese representaria simplesmente a desconstrução da unidade sócio-estatal se, diante da desconformidade, o remédio fosse o abandono, por parte do indivíduo, do pacto associativo. Não basta referirmos, como seria possível quando se tratasse das associações parciais, que a construção da unidade grupal não significa a absorção completa dos seus formadores. Embora tenha-se como perspectiva fundamental uma tal posição, a construção desta unidade integrativa impescinde de determinados parâmetros. Um deles, particularmente complexo, diz exatamente com esta questão de saber da permanência ou não deste mecanismo, no caso específico do chamado direito social condensado.

Aqui, o viés democrático transforma sua face para referendar a idéia/posição de prevalência da vontade coletiva por sobre a individual. Assim, nesta situação, a fórmula própria às associações parciais se coloca em contradição com aquela adstrita à unidade associativa genérica.

Poder-se-ia efetivamente reforçar este ponto de vista salientando que, o rompimento do pacto associativo por indivíduos isolados significaria, para estes, o total alijamento da vida comunitária.

Enquanto a renúncia às associações parciais admite a possibilidade de passagem para uma outra entidade associativa, no caso acima apresentado tais alternativas não se colocam, pois há uma única entidade que reúne o grupo como um todo. Assim, a recusa a este significa o isolamento ou, ainda, a exclusão.

Afora isto, parece-nos que, à hipótese apresentada, deve-se contrapor, isto sim, um caráter novo representado por esta ordenação social, significando que, ao contrário da rigidez da juridicidade estatal tradicional, o direito social caracteriza-se por sua maleabilidade agilizadora de sua reconversão para fazer face às novas situações emergentes. Ou seja: este direito social poderia, na esteira de Habermas⁴⁶, ser percebido como uma ordem normativa calcada na interação comunicativa de seus atores, o que afastaria ou minimizaria ao extremo a recorrência de tais situações-limite.

Outro dado a ser considerado é que, sendo a normatividade emergente de uma relação calcada na democracia, à medida que esta funcione, o descompasso possível levaria antes de tudo a rever os seus mecanismos, antes de suas respostas. A democracia seria a própria garantia da vigência e eficácia do direito social.

Por fim, é relevante referir que a idéia de direito social parece pressupor o atingimento de um outro homem que não aquele pensado pela teoria do direito individual. Enquanto para esta a titularidade do direito está vinculada ao indivíduo isolado, no âmbito do direito social este indivíduo aparece sempre como integrante de uma comunidade, a qual, todavia, não o absorve ou dissolve em seu interior, transformando-se ela, então, em um outro indivíduo de feição complexo.

O homem do direito social precisa conviver com uma normatividade e uma titularidade de direitos compartilhada com os demais. Isto faz com que, para

⁴⁶ Ver, deste autor, *Teoría de la Acción Comunicativa*, 2 vols., Madrid: Taurus, 1987.

forjar tal idéia, seja imprescindível apagar o apego ao caráter exclusivista do direito individual, reforçando a efetividade do direito social em razão de sua necessária partilha comum. À segurança da ordem de coordenação e/ou subordinação substituir-se-ia a incerteza democrática da ordem de integração.

Resta, entretanto, uma dúvida central: qual o conteúdo desta democracia? Aliás, tem ela algum conteúdo pré-determinado - ao estilo bobbio de regras do jogo? Ou, é invenção cotidiana? Um amálgama entre o consubstanciado em determinados procedimentos e a possibilidade presente de sua reinvenção?⁴⁷

A construção gurvitchiana de uma normatividade jurídica social coloca, em relação à pretendida completude do direito, algumas interrogações relevantes, levando-se em consideração a necessidade que esta produz de se projetar, tão só e exclusivamente, a partir do mecanismo legislativo produzido e imposto com exclusividade pelo Estado.

Por um lado, quando se pensa a possibilidade de uma normatividade de novo tipo, atrelada a uma produção legislativa baseada na disponibilidade social dos interesses em jogo, admite-se que uma tal fórmula de ordenação dos conflitos sociais, ao lado de não ter a pretensão de configurar a totalidade destes, não vincula sua constituição à existência de um poder uno, titular exclusivo da legitimação ativa para a produção normativa, característica esta expressa pelo monismo jurídico, bem

⁴⁷ Este permanece um debate em aberto. Na linha das questões suscitadas, temos, entre outros, trabalhos como: BOBBIO, *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986 e LEFORT, Claude. *A Invenção Democrática: os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense, 1983.

como, sequer reivindica incondicionalmente o caráter de suficiência assimilado pela regra de origem estatal.

Assim sendo, fica evidenciada a contrariedade da fórmula do direito social, especialmente em seu tipo puro e independente, com relação à pretendida completude do direito estatal.

A idéia de direito social implica, como conseqüência do aprofundamento das correntes sociológicas no interior das disciplinas jurídicas, a percepção de que o Direito, como fenômeno social, reivindica para si próprio a característica de ser uma construção da sociedade mesma. Ou seja: da definição de direito social abstrai-se, retira-se, a compreensão de que a ordenação dos fatos sociais se faz desde a sociedade.

Portanto, se para pensarmos em completude é indispensável que estejamos adstritos a uma concepção estatalista de direito, a tão só enunciação de uma teoria de base sociológica para o mesmo, leva à compreensão de que, dado o caráter mutante da própria sociedade e da sua impossível redução à unidade simples, não se pode conjugar ambas as teorias.

Uma teoria social para o Direito supõe uma pluralidade de fontes normativas, além de consubstanciar um referencial de mutabilidade como algo inerente à continuidade da própria ordem. E Gurvitch é produto e produtor deste ímpeto sociológico, sem que isto signifique a exclusão da idéia de construção de uma ordem jurídica. Apenas que esta representa - deva representar - a vontade concreta

expressa pela própria sociedade, além de poder apresentar-se com a roupagem de inúmeras ordens grupais, se pensarmos no seu viés pluralista.

Por outro lado, é possível traçar alguns outros comentários no que se refere à questão da completude, em especial seu consectário, a lacuna e seus mecanismos de colmatação.⁴⁸ Neste item dirige-se o interesse, no que se refere à lacuna, à percepção, dentre os seus tipos, de que quanto às ditas lacunas ideológicas não há que se falar pôsto que, sendo o conteúdo da normatividade do direito social apurado a partir dos grupos sociais, não se mostraria em descompasso entre a ordem posta e uma qualquer ordem ideal, uma vez que esta seria aquela auto-proposta pela sociedade.

Assim sendo, parece que tal postura sinaliza com a possibilidade de se pensar a normatividade social como algo semelhante a uma *ordem natural*, à exceção de que não teria pretensões à universalização, ou seja, aplicar-se a todos em todos os lugares, sequer à perenização, ou seja, a pretensão de ser produzida de uma vez por todas, com validade atemporal, ou ainda, de ser trazida à luz por qualquer tipo de revelação, já que se expressa e consubstancia como fruto de pretensões sociais diversas, veiculadas por cada grupo social produtor desta normatividade temporalmente situados.

Esta juridicidade social preocupa-se sobremaneira com a construção de uma normatividade que tem como pressuposto não o seu conteúdo, uma vez que este

⁴⁸ Ver cap. I, item 1.2.3 desta Tese.

será determinável pelo próprio grupo social, mas seu método de construção, o qual deverá ter por base preferencialmente - como no caso do direito social puro e independente - a participação da sociedade.⁴⁹ Logo, o direito social não aparece como uma ordem ideal, embora possa, muitas vezes, ser confundido com tal.

Percebe-se, assim, que outros dois aspectos, caros à concepção estatalista de direito, perdem vigor.

Por um lado, é a figura do legislador que tem minguada a sua preeminência como figura central do processo de construção de uma ordem normativa, papel este que é atribuído à sociedade mesma.⁵⁰

De outra banda, são os instrumentos coercitivos, próprios ao direito do Estado que são desconstituídos de seu poder eficaz, pois desaparece a necessária vinculação do suporte fático da norma com a sanção aplicável em caso de descumprimento, já que a observância se dá pela aceitação da própria lei auto-instituída e não pelo temor à aplicação incondicional da solução normativa, uma vez que ao membro da comunidade é dada a possibilidade de eximir-se à sanção, abandonando-a.⁵¹

⁴⁹ A dúvida que se suscita aqui é a de interrogar-se acerca da exclusividade da participação pretendida vincular ao direito social. Assim sendo, no campo do direito estatal tal participação estaria excluída? Parece que não. E tal transparece quando, mesmo Gurvitch, aponta para a possibilidade de um direito social condensado. O vínculo que estabelece como inexorável é, antes de tudo, com a estruturação do grupo social que deve estar calcada na democracia. Vide, acima, item 2.6.

⁵⁰ Poder-se-ia pensar, neste ponto, que estamos diante de uma potencial formulação de uma democracia direta parcial, onde o papel legislativo é praticado direta e genericamente pelos interessados.

⁵¹ Embora esta alternativa se coloque apenas enquanto PURO o direito social.

Ainda, no tocante às questões propostas pela completude do ordenamento jurídico, poder-se-ia pensar o direito social, aceita a prevalência da ordem estatal, como um instrumento de heterointegração de lacunas, sendo uma ordem diversa ou, ainda, como um recurso a fonte diversa da dominante, desde que seja contemporâneo com uma normatividade estatal formulada diversamente, ou seja, nos moldes tradicionais. Assim, a ordem social poderia aparecer como substituta do ordenamento jurídico do Estado, formulado sob pilares tradicionais ou, então, como mecanismo distinto da lei estatal por não estar assentado nas mesmas bases de formulação e, sequer, de imposição - a sanção incondicional.

O direito social poderia, então, voltar a ser pensado como uma ordem jurídica assemelhada à de direito natural, muito embora ele não seja de origem divina mas, poderíamos dizer, de certa forma, advindo do recurso à razão, como o contrato originário do Estado Civil na esteira do pensamento juscontratualista, bem como na perspectiva ligada à trajetória kantiana. Dessa forma, seria o direito social formulado a partir da compreensão da necessidade de uma normatividade reguladora das relações sociais. Próximo, então, a um direito natural de base racionalista, muito embora se diferencie profundamente deste, pois não refere uma normatividade alcançada de uma vez por todas. Pelo contrário, a sua racionalidade é sempre provisória.

Pode-se, ainda, acreditar que completude e direito social são inconciliáveis na medida em que, para este, não ocorre a pretensão de esgotar as previsões normativas no interior de um único conjunto normativo, à semelhança das grandes codificações, pois existiriam "n" ordens de direito social para os "n"

grupamentos parciais ocorrentes na Sociedade, mesmo que a esta fosse dado possuir, também, uma ordem normativa calcada nesta idéia - como na hipótese de um direito social condensado. A este direito social genérico estariam agregados e convivendo "n" ordens normativas parciais. Esta convivência pressupõe a desvinculação desta teoria com o princípio da completude e abriria caminho para a ocorrência de uma pluralidade de ordens.

Talvez se possa imaginar uma outra fórmula para a completude no âmbito do direito social. Esta se constituiria não pela ocorrência de *uma* ordem jurídica cristalizada no interior de uma grande codificação. Uma tal completude poderia ou deveria ser pensada como uma conjunção das "n" normatividades sociais presentes na sociedade, ou seja, na relação e interpenetração de uma ordem mais geral com as inúmeras ordens particulares dos diversos grupos sociais existentes. Só assim se poderia pretender aproximar a completude da idéia de direito social sem, contudo, que isto evidencie a cristalização deste último.

A possibilidade de completude seria dada, isto sim, por sua agilidade adaptativa. Tal idéia não se colocaria, no âmbito do direito social, como um pressuposto inexorável e inalienável. Pelo contrário, ela se apresentaria como uma característica potencial para o conjunto de suas várias ordens.

Por outro lado, a idéia da completude pode, inclusive, pertencer ao universo discursivo do direito social, como espaço de abrangência de suas formulações teóricas, mesmo porque uma sua característica seria a origem de sua normatividade.

É precisamente a idéia de força coercitiva que é afastada pela fórmula à Gurvitch. Para ele, a ordem de direito social produz-se e impõe-se por sua própria legitimação, pela própria identificação dos atores com as normas, pois estas são auto-instituídas. É este o vínculo que se estabelece com o Direito, com o que prescindem-se do recurso à coerção, tanto que, no caso de desconformidade, abre-se, ao descontente, a possibilidade de deixar o grupo, eximindo-se da incidência da norma.

É mister, entretanto, que se faça menção à possibilidade de existência contemporânea de uma ordem estatal e ordens menores construídas sob óticas diversas: enquanto aquela é montada como uma ordem coercitiva, estas se estruturariam como normatividade social. Nesta hipótese poderíamos retomar as alternativas antes apresentadas e montar suas relações de acordo com as mesmas.

Ainda, se poderia aventar a possibilidade de uma reversão de prioridades e sustentar a prevalência de uma normatividade social sobre a estatal. Aqui, as relações entre ambas privilegiariam sua identidade, caso contrário, ou seja, uma ordem estatal divergente da social, implicaria na possibilidade de ruptura da ordenação estatal. Nesta hipótese, a ordem social funcionaria como um mecanismo legitimador do direito estatal. Este formular-se-ia como um direito social condensado, tendo como base de legitimação sua produção social e, como mecanismo de cumprimento, a coercibilidade. Neste caso a própria ordem estatal seria uma normatividade social à Gurvitch.

Haveria, assim, uma revalorização da ordem estatal e suas garantias, tais como o Estado de Direito. Fala-se, antes, apenas na suposição de sua abrangência. Por outro lado, aproximam-se por terem como pressuposto a pertinência comum e o gozo compartilhado.

Este espectro de possibilidades recoloca Gurvitch no centro das atenções jurídicas quando, hoje, buscamos referências para trabalhar com as questões primordiais referentes às relações humanas, tais como: consumo, meio ambiente, produção, e todas aquelas redefinidas pelo Estado do Bem-Estar - saúde, educação, habitação, etc.

É precisamente por este viés que nos interessa aproximar-nos da obra deste autor. Suas contribuições podem nos permitir pensar na construção de uma teoria jurídica para os interesses transindividuais, erigida sob outras bases que não aquelas próprias à tradição jurídico-normativa de ascendência românica e cristalizada na construção da ordem jurídica liberal.

Há, contudo, críticas severas que devem ser consideradas nestas tentativas. Entre elas uma que poderia dizer respeito a uma certa *ingenuidade* imposta temporalmente, ou seja, haveria um descompasso entre sua teorização e a nossa realidade contemporânea, finissecular. A idéia de uma normatividade calcada na integração, ligada a um certo idealismo e uma avantajada aproximação com um jusnaturalismo de todo alheio à contemporaneidade colocaria em suspense as suas formulações. Há, mesmo, uma "crença" na possibilidade de uma comunhão de vontades, o que, todavia, é presente também em autores de hoje.

Por outro lado, não se pode olvidar, nos dias que correm, toda uma racionalidade nova intentada produzir pelas teorias vinculadas aos temas acima enunciados. Estas questões, queiramos ou não, são propulsoras de uma mecânica que impescinde das relações sociais e das interferências entre os diversos sistemas sociais.⁵²

Georges Gurvitch, como formulador de uma idéia de direito social, propicia este retorno renovado. Seu direito social não se reduz à simples produção social de uma normatividade, ou seja, de um Direito cuja única distinção seria sua origem. Sua teorização permite vislumbrar, para além, um novo conjunto de preocupações que impõem ao Direito uma nova estrutura legitimadora. Neste sentido, pode-se supor que muitas das pressuposições propostas por este autor, com o objetivo de construir uma normatividade em princípio diferenciada daquela do Estado, podem estar presentes em uma ordem jurídica que apresenta contornos cada vez mais fluidos em razão mesmo do tipo de faticidade à qual está ligado.

Os interesses transindividuais, fundamentos, como já dito, da ordem jurídica estatal contemporânea, pressupõem desde logo uma comunitarização e compactuação de interesses e pretensões próprios à idéia de direito social. Se não bastasse isso, a democratização do Estado, fruto das lutas e conquistas dos atores sociais, implica em uma crescente identificação entre pretensões sociais e normativização estatal.

⁵² Interessa referir a obra conjunta destes autores: LUHMANN, Niklas e DE GEORGI, Raffaele. *Teoria della Società*. Milano: Franco Agnelli. 1992. Este é um debate importante para o direito diante das diversas *posturas sistêmicas* formuladas e sustentadas, como pode se observar nas obras de Niklas Luhmann, Raffaele de Georgi, Werner Krawietz, etc., muito embora não seja objeto de nossa análise neste trabalho.

Isto faz com que tal aproximação seja inevitável. Dos direitos sociais aos interesses transindividuais parece ser um caminho a ser seguido e que passa pela revisão dos receios às possibilidades de uma ordem jurídica radicada no Estado.⁵³

⁵³ É esta possibilidade que aproxima a teoria do direito social do final do século e pode fazer de Georges Gurvitch um autor do presente, embora permaneça *excluído da horda*.

Capítulo III

INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

A quem pertence o ar que respiro?

(Mauro Cappelletti)

3.1. Premissas Introdutórias

Para que possamos nos inserir neste debate cumpre que, preliminarmente, situemos historicamente o surgimento das demandas coletivas, relacionando-as, a todo o tempo, com as modificações que vão ocorrendo no interior do próprio capitalismo, como núcleo econômico do modelo liberal.¹

Tal desvio implica em uma alteração momentânea no esforço que vimos empreendendo. Esta alteração circunstancial de rumos se impõe para que tenhamos presente a trajetória histórico-política desenvolvida, em especial, desde a

¹ Os outros dois núcleos - moral e político - servem em realidade como padrões de garantia para o próprio surgimento e desenvolvimento das demandas de feição coletiva, no interior da discussão acerca do modelo econômico liberal. Como salienta Claude LEFORT, o asseguramento dos direitos básicos servem como oportunistas e garantidores da contestação, a partir da expansão das garantias a todos. A democracia como garantia da transformação. Ver, do autor, *Pensando o Político* Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991; também, WEFORT, Francisco. *Por Que Democracia*. São Paulo: Brasiliense, BOBBIO, *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988. Sobre os "núcleos do liberalismo" ver: MACRIDIS, Roy. op.cit., passim.

incorporação das estruturas liberais, particularmente pelos reflexos produzidos por seu viés econômico - o capitalismo. Este tracejamento descritivo importa para a localização dos modernos interesses transindividuais - coletivos e difusos - sendo de particular relevância para estes últimos, produtos que são do aprofundamento e maximização do espraiamento dos interesses e litígios.²

Sem dúvida alguma, podemos dizer que os modernos interesses transindividuais encontram no Direito do Trabalho, em especial na história do sindicalismo, o seu fundamento primário tendo, inclusive, como pano de fundo laços com a teoria do direito social proposta por Gurvitch. Não por acaso, este autor chega a propor um conjunto de medidas tendentes a construir uma Declaração de Direitos Sociais.³

É importante que se retome um pouco desta história.

A passagem da sociedade feudal para o tipo de sociedade burguesa, sobretudo em virtude da transformação dos métodos de produção e de um maior intercâmbio comercial, importou, dentre outras conseqüências, na supressão do regime das corporações de ofício, que vigorou durante todo o período medievo. Tais corporações tinham por função precípua controlar e dirigir a produção, contrapondo-se ao modelo anterior de trabalho eminentemente doméstico.⁴

² Tenha-se presente que, neste passo, assumimos uma postura crítica ao modelo construído sob bases liberais, muito embora sejamos levados a considerar a sua importância, como resta evidente quando temos presente os seus vínculos. Veja-se a nota acima, bem como nota 42, no item 1.3.1.1. desta Tese.

³ GURVITCH, Georges. *La Déclaration des Droits Sociaux*. Paris: Vrin, 1946.

Tal supressão, calcada no ideário liberal de incompatibilidade da existência de corpos intermediários entre o indivíduo e o Estado⁵ - vez que o homem, para atingir a plena liberdade, não poderia ser subordinado a grupos, pois estes tolheriam sua livre e plena manifestação, vinculado que ficava ao predomínio da vontade grupal - implicou, de início, em uma interrupção no processo associativo que vinha se desenvolvendo ao longo de alguns séculos. Neste contexto, o aparato legal-racional do Estado Liberal, que passa a centralizar toda a produção jurídica, avaliza o surgimento desta nova ordem, proibindo, primeiramente, que as corporações praticassem determinados atos (proibição de dispor livremente de seus bens) para, em um segundo momento, determinar o seu fechamento por completo.

O modelo capitalista finca suas bases e, para a obtenção de êxito na implantação do novo paradigma, exige que todas as pessoas sejam *livres e iguais*, com vistas a permitir a implementação de acordos entre capital e trabalho.

Percebe-se, pois, que a dominação deixa de ocorrer pela existência de vínculos pessoais, como na sociedade medieval, para caracterizar-se como dominação legal, desconhecendo, desse modo, quaisquer tipos de desigualdades entre os polos responsáveis pela produção. Entretanto, ao mesmo tempo em que procura editar as normas que regulamentam as relações capital/trabalho de um

⁴ Ver: THOMPSON, E. P. *A História do Movimento Operário Inglês* (3 vols.). Também: MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Trabalho, Tempo e Democracia: problemas e perspectivas para a sociedade do trabalho*. Dissertação de Mestrado-PUC/RJ.

⁵O contratualismo tem no seu cume a idéia de *indivíduo*, seja em Hobbes, seja em Locke. O consentimento era dado pelo indivíduo sendo que o último aprofunda-o, tornando-o periódico e condicional, moldando uma política de confiança, coerente com suas invocações anteriores, como apontado anteriormente durante o capítulo I, deste trabalho.

ponto de vista privatista - a idéia de contrato individual de trabalho calcada na liberdade contratual - o Estado capitalista deixa uma lacuna no ordenamento jurídico no que toca às formas de organização social e toda a sua ação coletiva.

Veja-se bem: esta foi, justamente, a intenção do paradigma liberal. Este pretendia provocar uma dispersão com o intuito de evitar o associacionismo, atomizando os conflitos e seus agentes. Porém, o protótipo liberal não contava com as crises cíclicas constantes, especialmente no caso das relações entre trabalho e capital, que, se permanecessem sendo geridas sob esta mesma ótica, agravariam as já tensas situações ligadas à produção, acabando por provocar a ruptura da ordem vigente.

A formulação econômica liberal principiava, pois, a não ser mais um meio explicativo do funcionamento da vida sócio-econômica e cedia espaços a uma realidade que se impunha com enorme vigor.

É na passagem do século XVIII e início do XIX, no entanto, que a situação nas relações trabalhistas começa a se modificar, tendo em vista que o novo paradigma de produção exigia rápida união e organização dos trabalhadores para que fosse possível reivindicar, sobretudo, melhores condições de trabalho - redução na jornada, pagamento de salários compatíveis com a função desempenhada, regulação do trabalho da mulher e do menor, etc. - reivindicações estas que, se partissem do trabalhador individualmente considerado certamente seriam denegadas e destinadas ao fracasso.

Em um primeiro período, surgiram, nos grandes centros industriais, as uniões clandestinas de trabalhadores, notadamente nas cidades européias. Esse estágio foi caracterizado pela proibição da associação de trabalhadores - exemplo clássico é a Lei Le Chapelier francesa -, que se inicia com a Revolução Francesa de 1789, indo até meados do século XIX. As formas tênues de sindicatos eram consideradas como contrárias ao interesse público e toda manifestação associacionista era tida como conspiração delitiva.

O período era pleno de manifestações jurídicas contrárias a tais pretensões. A jurisprudência era taxativa e unânime em considerar em contradição com o interesse público qualquer acordo que previsse limites à atividade privada com base na liberdade liberal, bem como nas previsões legais que impediam o associacionismo operário tendente a conquistar condições de trabalho diversas daquelas impostas pelo "livre" jogo do mercado.

Entretanto, pouco ou nada adiantaram as medidas restritivas e repressivas contra o sindicalismo, a greve e as coalizões.

O governo da Inglaterra, em 1824, foi o primeiro a reconhecer os sindicatos de obreiros como entidades legais, retirando o caráter delituoso dos mesmos. Este reconhecimento foi fruto não só da ação direta do operariado, como também influência da notável expansão das idéias socialistas.

E é justamente nesta fase, conhecida como de *tolerância*, que surgem no direito positivo dos países europeus as primeiras leis reconhecedoras dos direitos dos

trabalhadores, especialmente leis protetivas aos acidentados em serviço, aos menores e às mulheres. Muito mais que o reconhecimento dos direitos dos trabalhadores pelo ordenamento jurídico de índole liberal, tais leis se constituíram em verdadeiras válvulas de escape arranjadas pelo sistema para permitir condições de reprodução da dominação vigente e como reação à expansão do socialismo - especialmente o estampado no Manifesto Comunista de 1848. Logicamente, não se pode ignorar que a quase totalidade da legislação voltada para regular as relações de trabalho foi conquistada a duras penas pelos trabalhadores, especialmente pela ação do operariado urbano. Ressalve-se, todavia, que a maioria destas leis foi revogada e/ou abolida posteriormente em virtude de pressões de setores conservadores da sociedade de então, para ressurgir revigoradas mais tarde.

O aparato legal-racional incorpora, portanto, em seu interior uma primeira espécie representativa do coletivo, procurando passar a noção de que a ordem jurídica evoluiu e adaptou-se, mais uma vez, aos novos tempos. O que se observa, contudo, é que também as relações coletivas de trabalho, paulatinamente incorporadas ao sistema legal, são tratadas sob a mesma ótica privatista anterior, talvez, é claro, em um grau um pouco diferenciado - pôsto que a agilização destas demandas tende a ser conduzida por instrumentos jurídicos distintos - mas que não fogem ao viés metodológico de neutralização dos conflitos e tensões sociais.

Porém, o desenvolvimento do próprio modelo capitalista determinou o aparecimento de intrincados problemas não resumidos às relações de trabalho, situações que se refletiram no seio da sociedade. A complexificação das relações econômicas pela implantação da produção em larga escala, o crescimento

desordenado das cidades, o êxodo rural, a explosão demográfica, etc., foram fatores que não só incrementaram, mas foram diretamente responsáveis pela eclosão de litígios de toda a ordem, envolvendo não mais o indivíduo isolado, como no esquema tradicional liberal-burguês, mas coletividades inteiras, grupos e classes.

O surgimento da sociedade de massas determinou que questões como saúde, educação, consumo, transportes, alimentação, poluição, publicidade, e tantas outras, fizessem parte da pauta de reivindicações de amplos setores da coletividade, estabelecendo pontos de conflituosidade que refugiam aos parâmetros das relações de trabalho e das condições para melhorá-lo, ao mesmo tempo em que, na órbita jurídico-judiciária, provocavam o surgimento de controvérsias que ultrapassavam os limites do indivíduo isolado, questionando aspectos relativos à continuidade da própria sobrevivência da espécie.

O Estado Liberal - em especial aquele próprio a alguns países ocidentais, particularmente os casos europeus e americano (EUA) -, como já salientado, responde a esta onda de transformações buscando, na modificação de suas próprias funções e na reformulação de sua principiologia original, um refúgio que evite o colapso, passando, mais em virtude de reclamos dos cidadãos do que por iniciativa própria, então, a garantir níveis mínimos de renda, de saúde, escolaridade e de benefícios, através de intervenções maciças na vida econômica e social dos indivíduos, por intermédio de programas de políticas públicas. Passa a ser um Estado

de Bem-Estar Social - o *Welfare state*. Essa tendência se verifica, principalmente, do início deste século em diante.⁶

O que irá diferenciar substancialmente o modelo do Estado interventivo contemporâneo, como Estado do Bem-Estar, dos precedentes modelos assistenciais é o fato de a regulação não significar a troca de garantias pela liberdade pessoal, uma vez que, nestes últimos, o beneficiado era considerado perigoso à ordem pública e, na perspectiva da *caritas* protestante, era visto como não iluminado pelas bênçãos divinas, além do que, há uma diferença substancial entre políticas de bem-estar propostas num quadro de absolutismo daquelas implantadas na esteira de uma sociedade democratizada.

O *Welfare state* emerge definitivamente como consequência geral das políticas definidas a partir das grandes guerras, da depressão econômica da década de 1930, embora sua formulação constitucional tenha se dado na segunda década do século XX (México, 1917; Weimar, 1919). Todavia, na França,

...os juristas e a própria constituição francesa de 1848 esboçam, pela primeira vez, a idéia de um Direito Social capaz de edificar uma nova solidariedade social. A formulação de um Direito Social vem corporificar a

⁶ Sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, ver: SCAFF, Fernando. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1990; MORAIS, Jose Luis Bolzan de e CADEMARTORI, Sergio. *Liberalismo e Função do Estado nas Relações de Produção*. *Revista Sequência*, n. 24, pp. 81-91. Sobre a função social do Estado Contemporâneo, ver: PASOLD, Cesar Luis. *A Função Social do Estado Contemporâneo*.

*possibilidade de determinadas políticas e intervenções do Estado a favor de um equilíbrio social.*⁷

O *new deal* de Roosevelt e o keynesianismo vão atingir frontalmente a ortodoxia liberal, propondo mudanças fundamentais na rota do liberalismo clássico, em especial pela compreensão dos problemas fundamentais impostos pela desestruturação causada pelas guerras e pela crise econômica.

Com a I^a Guerra Mundial tem-se a inserção definitiva do Estado na produção (indústria bélica) e distribuição (alimentos, etc.); com a crise de 1929 há um incremento das despesas públicas para a sustentação do emprego e das condições de vida dos trabalhadores; nos anos 1940 há a confirmação desta atitude interventiva instaurando-se a base de que todos os cidadãos como tais têm direito a serem protegidos contra dependências de curta ou de longa duração.

A política pós-II^a Guerra Mundial na Inglaterra - Plano Beveridge - está entre os fatores relevantes que demonstram a estrutura que está se montando.

Assim, o desenvolvimento do *Welfare state* pode ser creditado a duas razões, muito embora, como apontado anteriormente, outros fatos tenham produzido reflexos importantes na mesma direção:

⁷ VIEIRA, José Ribas. *Os Direitos Individuais e Coletivos no Brasil*, *Revista de Informação Legislativa*, n. 104, p. 278

1. Política, que se expressa através da luta pela consagração legislativa e efetivação prática dos direitos individuais, dos direitos políticos e, finalmente, dos direitos sociais e econômicos;

2. Econômica, manifesta na transformação da sociedade agrária em industrial, deixando visível que o desenvolvimento industrial impõe o acatamento e a solução do problema da segurança social.

À vista do exposto pode-se caracterizar sinteticamente o Estado do Bem-Estar Social como o *Estado que garante tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo o cidadão, não como caridade mas como direito político.*⁸

O núcleo da diferença, além da crescente atitude interventiva estatal, se coloca exatamente neste aspecto de direitos próprios do cidadão - independentemente de sua renda - a ter garantido o seu bem-estar pela ação positiva do Estado como alicerçador da qualidade de vida do povo. Ressalte-se, contudo, que a incidência dos interesses transindividuais não está adstrita à atuação estatal posto que não se tratam de direitos públicos em seu sentido tradicional.

Como se pode perceber do até aqui exposto, o Estado Social tem para com o Estado de Direito vínculos muito fortes, aparecendo como que um consectário

⁸ Ver, de Gloria REGONINI, verbete *estado do bem-estar* em BOBBIO et. all. *Dicionário de Política*, pp. 416-419, em especial p. 416.

histórico de sua transformação. Assim, o Estado de Direito é consagrado sob nova forma na Constituição italiana (1948) e na Lei Fundamental da Alemanha (1949).

Deve-se ter presente

...ainda o fato de que, na verdade, não se deve, apenas, à Teoria Constitucional a instituição desses direitos sociais. O Estado de Direito, no seu aspecto social, encontra-se no espírito da consolidação de um poder político de caráter intervencionista, como é o caso do Estado de Providência ou de Bem-Estar Social.⁹

No campo jurídico o *État-Providence* incorpora novos direitos -

...os direitos sociais dos pobres, os direitos sociais dos trabalhadores, os direitos sociais das crianças e dos velhos, das mulheres, dos consumidores, do meio ambiente, etc...¹⁰

⁹ VIEIRA, Jose Ribas. *Os Direitos Individuais e Coletivos no Brasil.*, p. 279. Este debate já foi referido acima, cap. I, 1.3.2.

¹⁰ CAPPELLETTI, Mauro, *Acesso à Justiça*, **Revista do Ministério Público**, n. 18, p. 9

Se, de um lado, a criação desses novos direitos se coloca como inevitável ao Estado capitalista, por outro provoca uma rachadura no grande edifício jurídico liberal, pois as

*Atividades e relações se referem sempre mais freqüentemente a categorias inteiras de indivíduos, e não a qualquer indivíduo, sobretudo. Os direitos e deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas metaindividuais e coletivos.*¹¹

Emergem, pois, direitos que, além de escaparem à tradição individualística, se põem como indispensáveis à sociabilidade contemporânea.

São interesses que atinam a toda a coletividade; são interesses ditos metaindividuais, para nós, *transindividuais*¹², como veremos a seguir. São direitos que se referem a categorias inteiras de indivíduos e exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação - exigem uma atividade. Ao

¹¹ CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*, Revista de Processo, n. 5, p. 131

¹² Ver, adiante, item 3.3.1.

contrário do Direito excludente, negativo e repressivo de feitiço liberal, temos um Direito comunitário¹³, positivo, promocional de cunho transformador.

O cerne deixa de ser o direito individual-egoístico e passa a ser predominantemente coletivo - e difuso - onde a socialização e a comunitarização dos interesses têm papel fundamental. A transformação ocorrerá de início com o aspecto fundante do Direito do Trabalho e através das políticas públicas que são formuladas utilizando-se de instrumentos legislativos de variado matiz.

Nossa época, já tivemos oportunidade de ver, traz prepotentemente, ao palco novos interesses difusos, novos direitos e deveres que, sem serem públicos no senso tradicional da palavra, são, no entanto, coletivos: desses ninguém é "titular", ao mesmo tempo que todos os membros de um dado grupo, classe ou categoria, deles são titulares. A quem pertence o ar que respiro.¹⁴

É a partir da segunda metade do século XVIII, entretanto, que começam a ocorrer mudanças na própria estrutura dos conflitos, oriundas diretamente do acelerado processo de industrialização, fazendo com que emergissem profundas divergências nas relações capital-trabalho, fruto de crises econômicas cíclicas

¹³ O termo comunitário, aqui, não refere o tipo de direito próprio às comunidades supranacionais, mas isto sim o tipo de direito produzido pelos Estados Contemporâneos que buscam construir uma ordem jurídica alicerçada na solidariedade e que têm como foco de atração interesses que são compartilhados por grupos mais ou menos reconhecível de cidadãos.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Formações Sociais e Direitos Coletivos diante da Justiça Civil*. *Revista de Processo*, n. 5, p. 135.

experimentadas pelo paradigma liberal. Os conflitos, fugindo da perspectiva liberal, passam de confrontos meramente individuais a conflitos coletivos, de classe. Com a Revolução Industrial e a conseqüente transformação que se opera nas relações de produção e consumo, bem como nas relações sociais *lato sensu*, fazendo nascer a nominada sociedade de massas, brotaram, também, os interesses difusos, pois a mônada isolada cede passo ao homem atrelado jurídica ou faticamente ao grupo, embora sua institucionalização só vá se dar recentemente.

Surge o que denominamos interesses transindividuais, isto é, conflitos que escapam da dimensão privatista do modelo jurídico liberal e se caracterizam por uma amplitude não só jurídica em sentido estrito mas, sobretudo, socio-econômica pois, importam, muitas vezes, no desapego, afastamento e/ou negação dos postulados liberais tradicionalmente aceitos como meios de sanabilidade das controvérsias. A variabilidade e complexidade destas questões coletivas implicam na adoção de caminhos distintos para a sua resolução, criando expectativas também distintas face a impossibilidade de se determinarem os resultados de forma antecipada.

Os conflitos coletivos requerem, em negação aos postulados compartilhados pelo sistema liberal, o preenchimento contudístico das normas jurídicas, seja para permitir decisões suficientes, seja para torná-las eficientes.

Percebe-se, com isso, que a inclusão dos interesses transindividuais na agenda diária é recente na história humana e seu aprofundamento e inserção efetiva estão inexoravelmente associados à luta ambientalista, assim como aos problemas

das relações de consumo privilegiadamente¹⁵. Todavia, mesmo que aceitemos esta posição - no sentido de que são, efetivamente, tais movimentos os que melhor refletem esta perspectiva transpessoal - não podemos esquecer que tal trajetória se inicia, isto sim, com o desenvolvimento da luta operária por melhores condições de trabalho, vida, etc., ainda que tenhamos presente que ocorre também uma contaminação dos ramos do direito público, em princípio mais aptos para refletirem esta transformação, pela teoria tradicional atrelada ao direito privado.¹⁶

Como reage, então, o Estado Liberal a essa explosão de litigiosidade já que, no campo econômico pugnava pela efetivação de um protótipo minimalista e, no campo jurídico-político propunha um discurso neutralizador, harmonioso e em condições de absorver os aspectos formais e materiais dos desajustes sociais via Direito codificado, tendo o indivíduo como referencial de sua formulação?

A resposta vem através de uma

*...transformação das funções do Estado, de uma reformulação de seus instrumentos de política econômica, uma redefinição das prioridades políticas e uma ampliação da base de informações sobre a qual os indivíduos normalmente geram suas expectativas.*¹⁷

¹⁵ Ver a respeito: VIEIRA, Jose Ribas. *Os Direitos Individuais, Sociais e Coletivos no Brasil*, p. 280

¹⁶ O que se observa, com isso, é que coube ao processo civil um papel fundamental no debate e na inclusão de temas cruciais para os interesses transindividuais, embora esta discussão esteja limitada, em muitos momentos, às preocupações da técnica processual.

¹⁷ FARIA, Jose Eduardo. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica*. São Paulo: EDUSP, 1988, p. 15

Ou seja, as crises cíclicas por que passa o modelo liberal na condução da economia, e o modelo produtivo e desenvolvimentista implementado, entre outras conseqüências, fizeram com que aflorassem diferentes e complexos tipos de relações sociais que, no âmbito do Direito, não encontraram guarida na idéia de um ordenamento jurídico caracterizado por normas gerais, abstratas e impessoais que se faziam valer pela força de princípios gerais de Direito, indistintamente aplicados.

A necessidade de reorientação da ação estatal se baseou, porém e contraditoriamente, numa maior expansão do Estado ao nível de seu poder de regulação, controle e planejamento, isto é, no entendimento de que o Estado não podia limitar-se a sua pretensa neutralidade no jogo liberal, permitindo que os indivíduos se autodeterminassem nas relações econômicas e sociais, já que, no seu cotidiano se verificaram constantes tendências à prática de abusos que, em se agravando, poderiam causar a ruptura de estruturas próprias do modelo capitalista de Estado.

Necessária, portanto, a ação regulatória do Estado que, ao senso comum, abandona sua posição de neutralidade para assumir uma atitude intervencionista.

Concomitantemente, a ordem jurídico-política encontra um grande obstáculo na tentativa de explicar e se aproximar da realidade por meio do Direito de feição liberal sem ter que negar ou desarticular aqueles princípios basilares de sua constituição, diante da proliferação dos conflitos. Para tanto, o Estado Intervencionista promove o abrandamento gradativo de sua rigidez hierárquica e coerência lógico-formal, proporcionando, também, um maior grau de abstração dos

preceitos normativos formulados pelo positivismo - aqui tomado em sentido amplo - sempre no intuito de ajustar as instituições jurídicas ao novo padrão vigente, tentando a todo o custo resgatar a operacionalidade do Direito.

Ocorre que o Estado Intervencionista acaba levando os conflitos e descontentamentos de parcelas significativas da população para sua esfera administrativa de decisão, privilegiando os espaços burocráticos, como forma de aliviar a pressão exercida sobre as instituições convencionais - Legislativo e Judiciário - sob pena de ruptura da funcionalidade do sistema. Assim, se desenvolvem estratégias de despolitização do conflito num primeiro momento para, mais tarde, e no âmbito administrativo, transformado em instância decisória, ocorrer a sua repolitização de modo a controlá-lo mais eficientemente para que não escape de uma perspectiva privatista, bem como para forjar, desde logo, a aceitação de suas decisões, mesmo que com conteúdos desfavoráveis aos *consumidores de justiça*.¹⁸

É aqui que se pode verificar o descompasso existente entre a concepção liberal de direitos e interesses individuais face a expansão capitalista e ao *modus operandi* do Estado Social de caráter intervencionista.

Para Donzelot¹⁹, a emergência desses direitos de índole coletiva é consequência da crise do Estado Providência, pela inviabilidade de manutenção de

¹⁸ Utilizamos esta expressão para indicar uma dualidade no âmbito do jurídico, qual seja: a ocorrência de duas figuras fundamentais, a dos operadores jurídicos, representados por todos aqueles que desempenham funções jurídico-judiciárias - e.g. juizes, promotores, advogados, serventuários, etc. - e a dos consumidores, constituída por aqueles que buscam no Judiciário uma resposta aos seus reclamos, ativa ou passivamente.

¹⁹ DONZELOT, Jacques. *L'Invention du Social. Essai sur le déclin des passions politiques*. Paris: Fayard, 1984.

determinadas políticas públicas sociais, ocasionando uma natural diminuição da tutela do poder público na esfera social, permitindo uma maior descentralização e presença da sociedade nos processos decisórios.

Como afirma Jose Ribas Vieira,

...não pode ser, tampouco, esquecido que não se trata somente de uma crise da dinâmica do Estado Providência, pois há, tanto nos Estados Unidos como na Europa Ocidental, o fortalecimento de determinados movimentos sociais que empurram para um novo arranjo na relação Estado-Sociedade.²⁰

Este quadro de crise, constantemente repisado, é tradicionalmente apresentado como de *crise fiscal*, de financiamento das tarefas a cargo do Estado. Ou seja, o próprio quadro de extensão democrática leva a um processo de paralisia da atividade estatal gerada não apenas pelo descompasso entre crescimento quantitativo das demandas mas, também, pelo defasamento da capacidade de financiamento do Estado em face dos custos dos serviços.

Todavia, esta crise objetiva não responde à totalidade do problema que está posto, podendo-se agregar uma outra percepção que privilegia uma perspectiva cultural e sociológica.

²⁰ VIEIRA, Jose Ribas, *Os Direitos Individuais, Sociais e Coletivos no Brasil*, p. 281

Pierre Rosanvalon²¹ propõe pensá-la sob três aspectos diversos, quais sejam:

1. Crise de um modelo de desenvolvimento e de um sistema de relações sociais;

2. Crise sobre as fronteiras e as relações entre o Estado e a Sociedade, devendo-se repensá-las;

3. Implantação de novos métodos de progresso social, complementares ao *Welfare state* como base para uma nova etapa do desenvolvimento social.

Para este autor, o quadro do Estado Providência, visando a construção de um *novo compromisso social* como algo que ele nomina como *espaço pós-social democrata*, poderia ser assim apresentado:

²¹ ROSANVALON, Pierre. *La Crise de l'État Providence*. Paris: Seuil, 1981.

POS SOCIAL DEMOCRATA E S P A Ç O

<p>Triplíce Dinâmica</p>	<p>Triplíce Movimento</p>	<p>Condições</p>	<p>Novo Compromisso Social</p>
<p>Socialização Amena</p>	<p>Redução da Demanda do Estado</p>	<p>Novo Direito</p>	<p>Sócio-político com o Estado</p>
<p>Descentralização</p>	<p>Reinserção da Solidariedade Social</p>	<p>Adensamento Social</p>	<p>Sócio-econômico com o patronato</p>
<p>Autonomia</p>	<p>Maior visibilidade social</p>	<p>Novos mecanismos</p>	<p>Sociedade consigo mesma</p>

*Este quadro foi composto a partir da obra "La Crise de l'Etat Providence" de P. Rosanvalon

Assim sendo, para ele, a transformação do modelo de Estado de Bem-Estar se assentaria em uma *tríplice dinâmica*, através da qual se visaria uma desburocratização e socialização da gestão das estruturas coletivas - *socialização amena*; uma aproximação dos serviços públicos das coletividades locais - *descentralização*; e uma transferência de tarefas do setor público às coletividades interessadas - *autonomização*.

Com isto, produzir-se-ia um *tríplice movimento*, reduzindo as demandas do Estado, produzindo um processo de solidarização na sociedade e, assim, oportunizando uma maior visibilidade pública.

Para implementá-la, entretanto, exigir-se-ia uma transformação do Direito adaptado a formas não-estatais de socialização e a procedimentos baseados na substituição para a representação de interesses; um adensamento da sociedade mesma; e novos mecanismos de implementação de serviços tradicionalmente públicos-estatais.

Rosanvalon pretende, desta forma, o estabelecimento de um *novo compromisso social*, à imagem do contrato social jusnaturalista, no qual se constituiria uma nova relação com o Estado, se produziriam novas bases para as relações de produção que permitissem o aumento do tempo livre e da negociação coletiva das mesmas; e, se reelaboraria o compromisso democrático da sociedade a partir da emergência de *solidariedades negociadas*.

Esta estrutura seria como que um jogo de condicionamentos, onde da conjugação da dinâmica, do movimento e das condições se produziria um *espaço pós-social democrata* que permitiria uma redução do papel do modelo keynesiano e uma regulação autogestionária e intra-social.

Este mesmo autor, em livro publicado em Janeiro de 1995²², traz novas perspectivas para este debate.

Para Rosanvalon, há uma terceira crise atingindo o *Etat Providence*. Depois das crises de financiamento - quando, nos anos 1970, apercebe-se o descompasso entre receitas e despesas - e ideológica - que, nos anos 1980, questiona o carácter, se não autoritário, ao menos contraditório ao ideal democrático da visibilidade assumido pelo processo de burocratização do EBE²³, emerge uma nova crise.

Esta última, embora as anteriores não desapareçam, coloca uma nova interrogação. A *crise filosófica* aponta para a desagregação da base do EP, calcada na solidariedade, colocando em crise o conceito tradicional dos direitos sociais, característicos deste tipo de Estado.

Coloca-se, então, a inevitabilidade de repensar o EP a fim de permitir sua sobrevida, em razão da compreensão de que não há condições de possibilidade para

²² Ver: ROSANVALON, Pierre. *La Nouvelle Question Sociale. Repenser l'Etat Providence*. Paris: Seuil, 1995.

²³ Norberto BOBBIO já havia apontado problemáticas entre democracia e burocracia em: *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

o retorno a uma postura minimalista do Estado, apesar das pretensões neoliberais em voga desde os anos 1980 - em especial com os governos Reagan nos Estados Unidos e M. Thatcher na Grã-Bretanha.

Tal percepção leva este autor à aceitação da necessidade de se aprofundar a idéia de direito social.

La crise philosophique conduit à reprendre à la racine la question des droits telle qu'elle a été formulée dès le XVIIème. siècle par l'individualisme libéral, invitant à un dépassement des vieilles oppositions entre droits formels e droits réels, droits sociaux et droits politiques: elle force à reconsidérer les expressions usuelles du contrat social, à reformuler la définition du juste et de l'équitable, à reinventer les formes de solidarité.²⁴

Assim, a perspectiva de se repensar o EBE leva a considerar que

L'opposition classique entre l'individuel et le collectif n'est pas opératoire. On ne peut plus séparer réforme de mentalités et réforme des structures, morale individuelle e impératif politique...Il ne plus possible de parler abstraitement de droits sociaux. Il faudra aussi, de plus en

²⁴ Pierre ROSANVALON, *La Nouvelle Question Sociale*, pp. 11-12.

*plus, expérimenter des façons inédits de lier les droits avec des contreparties positives.*²⁵

Em suma: o Estado se transforma passando a ter papel fundamental no dia-a-dia das pessoas, assumindo funções e tarefas novas e ampliadas, montando um arcabouço complexo de estruturas burocráticas responsáveis pela concretização das pretensões dirigidas ao poder público; e, o Direito chega até nossos dias inserido em uma sociedade de massas que busca resolver seus intrincados e sempre emergentes conflitos, sem que tenha sido construída uma teoria jurídica apta a fazer face aos mesmos, embora tenhamos um número crescente de dispositivos legais regulando matérias novas ligadas a pretensões de natureza transindividual.

Há que, ao mesmo tempo em que o WS é repensado diante das crises que sofre, enfrentar os problemas que se projetam pelo seu braço ordenador, o Direito, em especial quando nos situamos diante dos emergente interesses transindividuais.

²⁵ Id. Ibid., p. 222.

3.2. Direito vs. Interesse

Um primeiro problema que se nos coloca para pretendermos estabelecer os traços distintivos dos interesses transindividuais é o que diz respeito à própria noção de *interesse*.

É crucial que consideremos a correta aceção de tal vocábulo, uma vez que se debate acerca da pretensão de utilizá-lo, ao invés do termo *direito*.

Deve-se ter presente, uma vez que estamos lidando com uma transformação que se opera no Direito com a emergência dos interesses transindividuais, tendo como pano de fundo a perspectiva apontada por Georges Gurvitch a partir da idéia de direito social, que

...c'est le concept d'intérêt qui opère en son centre, ou pour mieux dire, qu'il y reçoit une nouvelle signification comme si le droit social, en libérant l'intérêt de sa double tutelle étatique et individualiste, en démultipliait à l'infini les puissances, provoquant ainsi dans l'univers juridique quelque chose comme une réaction nucléaire en chaîne.²⁶

Na doutrina nacional busca-se referi-lo como sendo, o interesse, o que *interliga uma pessoa a um bem de vida em virtude de um determinado valor que*

²⁶ Ver: François OST, *Entre Droit et Non-Droit: l'intérêt*, p. 166

*esse bem possa representar para aquela pessoa.*²⁷ Simplesmente, pode-se dizer que é o laço de união entre um bem da vida e alguém - uma pessoa - como seu titular.

O interesse que releva ao mundo jurídico é aquele qualificado pela assimilação normativa, ao passo que os demais permanecem no plano fático, como vantagens almejadas por alguém. Estes, por serem alheios ao plano jurídico-normativo, não têm a possibilidade de serem exigidos pelo pretendente à sua titularidade. São os interesses simples, caracterizados por:

A. não terem projeção externa ao indivíduo, permanecendo em seu campo psíquico;

B. seus efeitos, da mesma forma, restringem-se ao campo individual;

C. são *neutros*, indiferentes perante o Estado ou terceiros. Não se lhes nega, entretanto, o caráter de referencial do sentir comum de um conjunto de pessoas, bem como de substrato da própria elaboração legislativa.

Pode-se apontar, com François Ost²⁸, algumas - outras - características próprias aos interesses que ultrapassam esta sempre presente projeção contraditória

²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: RT, 1991, p. 13

²⁸ Ver, do autor, *Entre Droit et Non-Droit: l'intérêt*, passim.

entre direito subjetivo e interesse. Neste sentido, este autor aponta para quatro traços relativos à noção de interesse, quais sejam:

A. O interesse, estando na base dos principais conceitos jurídicos, mesmo na de direito subjetivo, tem, assim, um caráter onipresente, aparecendo, desta forma, para além das pretensões asseguradas pela ordem jurídica.

B. Paralelamente a esta onipresença e, talvez em consequência mesmo desta presença constante, a noção de interesse se caracteriza por uma imprecisão no seu significado, o que implica em uma constante confusão e, mesmo, identificação entre interesse e direito.

C. De outro lado, o interesse adquire, como noção funcional ou operatória, uma leveza (*souplesse*) que contrasta com a rigidez própria do direito subjetivo. Assim é que, à titularidade exclusivista do direito subjetivo se contrapõe a titularidade difusa, indeterminada ou coletiva dos interesses; da mesma forma, os interesses estão vinculados a valores novos especificados, apontando para objetivos abertos, ampliados.

Enfim, si l'on compare les deux notions sous l'angle des relations qu'elles établissent entre leur titulaire et leur objet, on notera, une fois encore, qu'à la relative rigidité de l'appartenance-maîtrise (appropriation - manipulation) qui caractérise le droit subjectif (...), correspond la très grande variété d'intensité du lien d'intéressement qui peut aller de la simple convenance au désir le plus possessif. De sorte

que l'intérêt, à intensité variable, aux objets multiples et aux titulaires diffus, se prête aisément à tous les glissements de plan du fait au droit, de l'individuel au collectif, du privé au public, de l'éthique au politique ou de l'économique au juridique. Sous cet angle, l'intérêt apparaît comme le grand communicateur de l'ordre juridique.²⁹

D. Por fim, o interesse incorpora um traço subversivo, apontando novos atores, novos objetos, bem como implica em uma relativização de direitos tradicionais - o caso da propriedade que vê agregada a noção de função social, assumindo um interesse difuso da coletividade - é exemplar.

Como diz François Ost:

...il induit un nouveau mode de production juridique selon le modèle de la computation, de la négociation et de la pesée qui contraste avec l'adjudication ferme (...) des droits subjectifs et entraîne ainsi ces derniers dans une logique juridique qui leur est, au moins partiellement, étrangère.³⁰

Ainda, pode-se apontar algumas *funções* que são próprias aos interesses.

Dentre elas pode-se salientar:

²⁹ id. *ibid.*, p. 13

³⁰ *ibidem*, p. 13

A. Uma função *promocional* ou *criadora*, a qual produz a passagem de pretensões a prerrogativas jurídicas, assim como incorpora sujeitos ao campo jurídico.

B. Uma função *limitativa*, importando na imposição de marcos de atuação dos direitos subjetivos.

C. Uma função de *regulação global*, própria da juridicidade contemporânea que incorpora novos interesses e pretensões - vide o caso do direito social - e que implica na tentativa de estabelecimento de um equilíbrio, uma composição, ao invés da instituição de ganhadores e perdedores, o que faz emergir - e, eventualmente, conviver - dois modelos jurídicos onde temos:

Un modèle de gestion des intérêts qui s'exprime au travers d'une règle mobile et largement factuelle, la norme, s'applique au bénéfice de jugements d'opportunité et d'équité, génère une temporalité précaire et aléatoire, valorise l'expression du conflit et du mouvement, l'accent étant mis sur l'égalisation et l'équilibration des situations. A ce modèle fait face l'idéal-type de l'adjudication des droits qui s'exprime au travers de règles fixes et générales, les lois, s'applique au bénéfice de jugements de légalité, génère une temporalité raisonnablement stabilisée, valorise l'expression de la stabilité et des situations acquises, l'accent étant mis sur l'égalité et l'équilibre.³¹

³¹ François OST, *Entre Droit et Non-Droit: l'intérêt*, pp. 185/186.

Dentre aqueles que se projetam ao exterior é de se salientar, como ora se faz, algumas distinções básicas que dizem respeito ao tema que nos propomos trabalhar. Para tanto é imprescindível que fixemos o entendimento acerca da distinção fundamental entre *direito individual* por uma lado e *direito ou interesses transindividuais - coletivos e difusos* - por outro, além de referirmos a noção de *interesse individual homogêneo* e diferenciarmos o conceito de *interesse público*, estes últimos também correspondentes ao gênero meta(trans)individual que, apesar disso, trataremos de forma apartada, os primeiros por não alçarem-se a um conteúdo coletivizante mínimo que os afirme estanques às pretensões individualistas e o último por ficar adstrito à órbita das relações com o Estado.

A preferência pela utilização do termo direito apenas para o âmbito dos interesses juridicamente protegidos que têm sua titularidade ligada ao indivíduo, aponta para os vínculos que se estabelecem entre a noção de direito e sua projeção como direito individual, uma tradição vinculada ao liberalismo. Assim, direito seria aquele fato juridicamente definido para o qual temos uma titularidade e um sujeito definidos, além de um objeto perfeitamente delimitado, ou seja, identifica-se com a noção de direito subjetivo. Há, entre direito e interesse, uma vinculação na qual à preponderância daquele se reflete uma negação deste. Ou seja: a hegemonia do direito subjetivo implica na desqualificação do interesse como portador de alguma relevância jurídica.

Au bénéfice d'une logique binaire du tout ou rien, logique d'inclusion ou d'exclusion, l'intérêt est reçu comme droit, ou alors il n'est rien de juridiquement pertinent. Ce sera ou la consécration sous forme d'un droit subjectif reconnu et protégé, ou le banissement dans les limbes du non-droit. Comme si, suscitant quelque effroi dans le monde des juristes, l'intérêt, tel un spectre, était condamné à errer aux confins de la juridicité, n'y pénétrant qu'au prix d'un renoncement à lui-même. Annexé sous la forme rassurante du droit subjectif ou conjuré comme un mauvais sort, l'intérêt ne reçoit guère d'existence juridique propre.³²

O que se percebe aqui é que tal atrelamento seria próprio à história do direito liberal. Mas, com a emergência de novas realidades juridicamente relevantes é mister que se desfaça este vínculo restritivo, abrindo-se a aplicabilidade desta nomenclatura para casos outros, tais como os interesses transindividuais, que não se enquadram em tal feitio, como veremos na seqüência.

Deve-se ter presente a diferenciação que se estabelece com o aprofundamento substantivo da conflituosidade. A tipicidade das situações jurídicas se apresenta sob novas roupagens, as quais não se identificam com os moldes tradicionalmente pressupostos. Estas incorporam feições características de novos tipos de litigiosidade, onde

³² id. *ibid.*, p. 9

...o titular do direito e da faculdade de fazer valê-lo não coincidem. Às vezes o sujeito não é uma pessoa e a correlação com um dever não aparece. Há casos em que a autonomia (individual) não se encontra, falando-se em direito subjetivo como função social, posto que não é exercido em proveito próprio, mas em proveito da comunidade.³³

Neste sentido, seria possível falar-se na tentativa de resguardar um dos conceitos basilares da juridicidade ocidental, na permanência da idéia de direito subjetivo.

Embora, como veremos adiante, este esteja atrelado à supremacia do interesse individual, pretende-se adequá-lo à contemporaneidade da problemática transindividual tratando-o como *direito subjetivo difuso* onde, muito embora não haja titularidade explícita do mesmo, há, contudo, sua representação, sendo esta prerrogativa de grupos indeterminados de sujeitos - como no caso dos interesses difusos -, não sendo

...um direito subjetivo, nem do poder público, nem do cidadão especialmente, mas de todos, enquanto representados pelo poder público ou pelo próprio cidadão e pelas associações, sindicatos e partidos políticos na defesa

³³ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 145

*contra a violação de interesses juridicamente suscetíveis de proteção difusa.*³⁴

É bem verdade que falar em direito subjetivo sem atrelá-lo a uma figura que o titulariza, resta aparentemente contraditório com sua feição clássica, na qual este nasce, a partir da ocorrência de um interesse individual normatizado objetivamente pela ordem jurídica, dando lugar à proteção qualificada da mesma à pretensão de determinada pessoa.

O que resta deste debate parece ser, por um lado a intensão de alguns de desqualificar estes novos interesses - em especial os difusos - não lhes reconhecendo a ascensão ao grau de direito subjetivo, o que lhes acarretaria a impossibilidade de serem resguardados pela ordem jurídica e, portanto, protegidos ou, quando muito serem reduzidos à pretensões setorializadas ou individualizadas para verem-se contemplados pelo Direito. Por outro, aparecem aqueles que vêm na recuperação matizada do conceito de direito subjetivo, como direito subjetivo difuso, a possibilidade de ter assegurada a identidade de reconhecimento pela ordem jurídica dos interesses próprios às sociedades de massas.

O apego, todavia, à categoria tradicional remanesce em ambos, seja para negá-lo aos interesses difusos, seja para alargar-lhe os limites, permitindo que englobe estes.

³⁴ ARAUJO, Rosalina Corrêa de. *Direitos da Natureza no Brasil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1992, pp. 38 e ss. Em especial, p. 42.

A transformação dos interesses - de individuais a coletivos e a difusos - é inexorável. A importância destes últimos, como respeitantes às espécies, genericamente falando, impõe ao Direito seu asseguramento como pretensões juridicamente relevantes, atribuindo-lhes ou não uma titularidade ao estilo tradicional. Por fim, não há que se negar o caráter subjetivo de tais interesses, mesmo que este seja mediatizado por uma coletividade indeterminada ou mesmo indeterminável, até porquê tais interesses pertencem a todos e a ninguém, a todos e a cada um.

A subjetividade permanece, agora matizada pela não apreensibilidade exclusiva do interesse por quaisquer daqueles que venham pleiteá-lo.³⁵

Abstraindo-se o conceito de direito subjetivo de sua vinculação à tradição liberal, poder-se-ia, então, inferir um novo conteúdo para o mesmo, no qual a subjetividade diria respeito não mais apenas a um certo indivíduo mas, isto sim, seria uma subjetividade própria da condição humana, sendo, assim, vinculada ao gênero e não ao *espécimen* isolado.

Assistiria razão falar-se em um direito subjetivo difuso apenas após desfeitas as amarras próprias do conceito original, e com a compreensão de que este seria apenas um conceito instrumental, o qual não teria a capacidade de fazer desaparecer as distinções entre direito e interesse, mesmo que entre ambas existam relações, muitas vezes estritas, o que impõe a compreensão de que

³⁵ Voltaremos a este tema quando tratarmos dos interesses difusos em específico, adiante.

Les droits ont vocation à se juxtaposer ou à se hiérarchiser; les intérêts présentent au contraire la tendance à se diluer et se confondre. La société correspondant au partage des droits est une société qui se représente elle-même comme pacifiée; peut-être est-elle profondément inégalitaire; (...) En revanche, dans le modèle de gestion des intérêts, la société se représente comme une solidarité conflictuelle. L'image de la division sociale, de l'opposition des intérêts, loin d'être refoulée, apparaît comme un facteur positif de légitimité; on veut dire: la condition nécessaire de son progrès(...) De sorte que les droits, sous peine de se traduire en privilèges, ne sont jamais tout à fait acquis, tandis que, inversement, les conséquences sociales des handicaps, des accidents ou des erreurs feront l'objet d'une prise en charge collective (assurance, mutualisation des risques, sécurité sociale, etc...) en vue de les rendre plus supportables, plus proches de la norme socialement acceptée(...) C'est le conflit et non plus l'ordre qui bénéficie de la priorité de principe; du moins dira-t-on, au prix d'un néologisme, que la 'conflictualité' - la possibilité de mettre en discussion les solutions acquises - subvertit la matière des lois, des jugements et des conventions. De sorte que les contentieux qui se développent en régime de gestion des intérêts sont autant des contentieux 'sur le droit' que 'sous le droit'. C'est en effet la règle juridique elle-même, et non plus seulement ses modalités d'application, qui entre en discussion.³⁶

Pode-se, portanto, sustentar a viabilidade de trabalhar-se com interesses, em razão mesmo do conteúdo e dos vínculos que os interesses transindividuais incorporam.

³⁶ François OST, *Entre Droit et Non-Droit: l'intérêt*, pp. 181/182.

3.2.1. Interesses Individuais

Apesar do alargamento de possibilidades que vimos apontando acima, devemos ter presente a permanente compatibilização que se estabelece entre interesse individual e direito subjetivo.

Como o próprio nome indica, interesse individual é aquele que atina ao indivíduo isoladamente, não abarcando, portanto, situações em que o mesmo se insira em determinados contextos coletivos, grupais. Pode-se tratá-lo como interesse fundamental do homem-indivíduo, ou seja, aquele que reconhece autonomia ao particular, garantindo iniciativa e independência ao indivíduo diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado. Para Rodolfo de C. Mancuso³⁷ a forma de concepção destes se faz pelo *elemento predominante*, assim, será *individual o interesse cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário*.

Na visão da tradição liberal erigiu-se um conceito fundamental à explicação e embasamento do interesse individual que é o de *direito subjetivo*, o qual é produto da reunião do interesse individual com a garantia oferecida pelo Direito.

³⁷ *ibidem.*, p. 37

Diz-se, então, que:

Os direitos subjetivos compreendem posições de vantagem, privilégios, prerrogativas, que, uma vez integradas ao patrimônio do sujeito, passam a receber tutela especial do Estado (sobretudo através da ação judicial, de atos de conservação e de formalização perante órgãos públicos, etc.)(...)Quando tais prerrogativas se estabelecem em forma de critérios formados contra ou em face do Estado, tomam a designação de direitos públicos subjetivos.³⁸

A doutrina do direito subjetivo recebeu um profundo desenvolvimento pela teoria jurídica, erigindo-se em conceito fundamental da ordem liberal, calcada na figura do indivíduo titular de direitos.

Nesta trajetória, são inúmeros os conceitos emitidos, muito embora seu aspecto fulcral permaneça inalterado.

Von Thur, como demonstra Ovídio A. B. da Silva³⁹, define direito subjetivo como *a faculdade reconhecida à pessoa pela ordem jurídica, em virtude da qual o sujeito exterioriza sua vontade, dentro de certos limites, para a consecução dos fins que sua própria escolha determine.*

³⁸ MANCUSO, Rodolfo. *Interesses Difusos*, p. 54

³⁹ SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. I. Porto Alegre: SAFE, 1987, p. 59

Já Maria Helena Diniz⁴⁰ biparte este conceito entendendo existir direito subjetivo:

a) *comum da existência*: consistindo na permissão de fazer ou não fazer, de ter ou não ter alguma coisa, sem violação de preceito normativo;

b) *defender direitos*: referentemente a autorização de assegurar o uso do direito subjetivo, de modo que o lesado pela violação da norma está autorizado por ela a resistir contra a ilegalidade, a fazer cessar o ato ilícito, a reclamar reparações pelo dano e a processar criminosos, impondo-lhes pena.

Caio Mario da Silva Pereira⁴¹, após esposar várias opiniões e conceitos, parte para a sua análise, decompondo o mesmo em três elementos essenciais e constantes:

a) *sujeito*: o titular do direito, ao qual a ordem jurídica assegura a faculdade de agir;

b) *objeto*: identificado como sendo o bem jurídico sobre o qual o titular do direito exerce-o;

c) *relação jurídica*: vínculo que submete o objeto ao sujeito.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. I. São Paulo: Saraiva, p. 9

⁴¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*, v. I. pp. 27 - 31

Na doutrina internacional podemos ancorar os mesmos traços no que diz com este conceito.

Assim é que, recorrentemente se observa a alusão ao poder de exigir algo, cuja definição está previamente dada, conferido a determinado sujeito pela ordem jurídica objetiva, sendo-lhe atribuída a possibilidade de utilizar-se de mecanismos jurídicos apropriados para a garantia de ver satisfeita a sua pretensão, caso haja recusa de cumprimento voluntário.

Já o *direito objetivo* - conceito paralelo - existe em razão do direito subjetivo, sendo caracterizado como um conjunto de normas que induzem os indivíduos a um determinado comportamento sob pena de sanção estatal e que, no caso de transgressão, compele o infrator a se sujeitar à lei, através de seu poder jurisdicional.

A nós resta reter, aqui, após o debate proposto no Capítulo II supra, apesar de falar-se na possibilidade de existência de um direito social subjetivo, conforme propõe Gurvitch e de um direito subjetivo difuso proposto por alguns autores pátrios, algumas características próprias ao direito individual, aptas a nos fornecer um quadro paradigmático da distinção que pensamos estabelecer com relação aos interesses transindividuais. Assim, podemos elencar:

1. *Fruição individual com caráter excludente*, ou seja, o titular desse direito dispõe dele de forma exclusiva, afastando, com o seu benefício/prazer, qualquer possibilidade concorrencial ou compartilhada de desfrute do mesmo. O

meu direito implica o *não*-direito do outro ao mesmo objeto e o conseqüente impedimento de acesso. Esta fruição é de tal ordem de exclusividade que permite ao titular do direito a *destruição* do objeto, sem a possibilidade de qualquer interferência impeditiva ⁴²;

2. Como conseqüência desta exclusividade, há a possibilidade, embora nem sempre presente, de *disponibilidade direta e imediata* do bem objeto do mesmo. Ou seja, caracteriza-se como um *direito disponível*;

3. O *exercício* deste direito, sua guarda, é *pessoal* de seu titular, embora excepcionalmente a lei possa prever casos de substituição processual, quando, então, autoriza a que terceiro(s) possa(m) participar de ou praticar atos visando a salvaguarda do direito de outrem.⁴³

4. O *prejuízo* causado a um direito individual é passível de *ressarcimento proporcional* à sua identidade com o padrão monetário em vigor, ou seja, converte-se o direito em pecúnia.

5. Em razão disso, os interesses individuais implicam no que poderíamos chamar de *conflituosidade mínima/circunscrita*, na medida em que envolve na disputa apenas sujeitos limitados, individualidades;

⁴² Ver a respeito, REMOND-GUILLOUD, Martine, *Du Droit de Détruire: essai sur le droit de l'environnement*. Paris: PUF, 1989. Passim.

⁴³ Ver, a esse respeito, art. 6º do Código de Processo Civil Brasileiro

6. Conseqüentemente, as lides emergentes de tais pretensões apontam para uma *politização neutral*, enquanto, dada a sua circunscrição subjetiva, permite limitar o conflito, impondo-lhe uma definição jurídica pretensamente neutra, asséptica.

Tomando-se tais características, podemos visualizar os direitos individuais - ver quadros abaixo - como interesses que, em razão dos mesmos, produzem um espectro conflitual circunscrito àqueles envolvidos no litígio, apontando, assim, para o que poderíamos chamar, para contrapor aos interesses transindividuais de tipo difuso, como veremos a seguir, conflituosidade mínima. Em decorrência desta limitação espaço-pessoal do conflito a politização que se produzirá será uma *politização neutral* - nº 6 acima - posto que o debate será circunscrito a dizer, declarar em sentido amplo, quem seja o titular do direito em disputa sem, com isso, adentrar no debate acerca do mesmo.

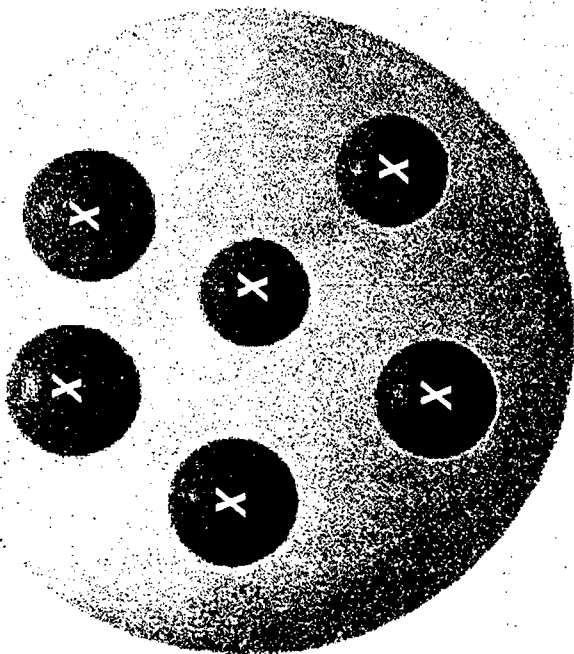
Em razão disso, pode-se dizer que, em suas relações, o direito individual aponta para um *caráter repulsivo* que se expressa pela oposição de interesses própria ao feitiço egoísta-exclusivista do mesmo. Os indivíduos, titulares dos direitos subjetivos, encontram-se em oposição, em posições antagônicas uns diante dos outros, na medida em que a titularidade do direito por parte de um deles implica na impossível titularidade pelo outro. Tal relação caracteriza-se, portanto, como de *exclusão*.

Por outro lado, pode-se salientar que, a relação que se estabelece entre os sujeitos do direito individual e o Estado, através de sua normatividade, implica em

uma pretensão por parte daqueles de terem salvaguardados, por este, os seus interesses/direitos subjetivos. Assim, o que o indivíduo busca, essencialmente, é a *garantia* própria à ordem jurídica estatal, em especial através da detenção monopolizada do poder coercitivo.⁴⁴

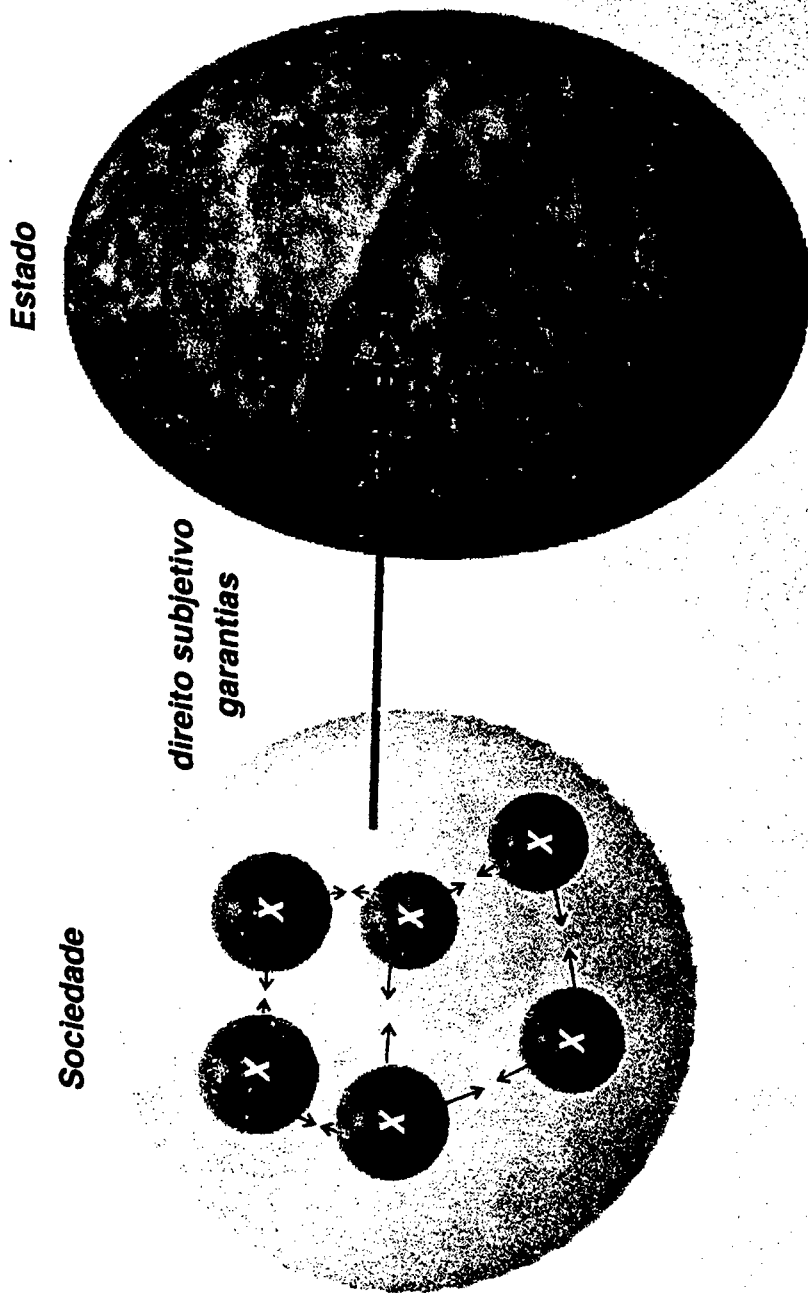
⁴⁴ O direito de propriedade exprime bem a situação. Quando se diz que "A" é proprietário do objeto "X", isto implica em dizer que "B" não o é, ou seja, "B" está excluído deste direito em relação ao mesmo objeto. Da mesma forma, o titular do direito pretende do Estado apenas e tão só a proteção do mesmo frente a eventuais turbações. Assim é que ao titular é assegurada a permanência ou retomada da posse do objeto em qualquer situação.

DIREITO INDIVIDUAL



X *Indivíduo*

DIREITO INDIVIDUAL - relações



X indivíduo

→ ← exclusão

Deste quadro o que pretendemos salientar, em especial, é o carácter exclusivista do direito individual, aqui representado pela figura do sujeito isolado, sem vínculos, impermeável às intersecções externas. Os eventuais laços que podem se estabelecer dizem respeito à pretensão de ver garantidos tais interesses pela ordem jurídica positiva, o que permite, como direito subjetivo, a sua persecução judicial e o seu asseguramento através do poder do Estado de dizer o Direito através do Judiciário.

Por fim, é importante percebermos que quando falamos em indivíduo não restringimos esta locução à sua materialização em um homem fisicamente definido. Em muitos casos uma individualidade pode manifestar-se sob aspectos diversos, mesmo sob a roupagem de um ente grupal ou multi-individual.

A instrumentalização das características apontadas acima nos permitirá, na seqüência, traçar um paralelo entre os tradicionais direitos individuais e os interesses transindividuais, em sentido restrito.

Apenas, antes de passarmos a tratar destes últimos, é interessante notarmos a ocorrência do que podemos situar como categorias intermediárias: o interesse público e o interesse individual homogêneo. Estas figuras caem em uma zona de penumbra que separa a exclusividade do direito individual da comunhão do interesse transindividual, muitas vezes se confundindo parcialmente com uma de suas expressões.

3.2.2. Interesse Público

No âmbito dos interesses transpessoais, pode-se, em primeiro lugar, fazer uma breve alusão para algumas precisões conceituais.

Nesta direção, podemos falar numa tripartição de interesses que transcendem o indivíduo isolado e, referem contornos sócio-jurídicos. Temos, assim, o interesse social, o interesse geral e o interesse público.

Pelo primeiro - o interesse social - podemos entender um duplice sentido, ora referindo um conteúdo coletivo

...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 pública(...)Tomando-se o objetivo coletivo num sentido amplo, poder-se-ia dizer que o interesse social equivale ao exercício coletivo de interesses coletivos.⁴⁵

Por fim, dizendo respeito à(s) pretensão(ões) de uma pessoa jurídica - sendo que, social, aqui, reflete um interesse individual do ente jurídico que o titulariza.

⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo, *Interesses Difusos.*, p. 21

Por *geral* pode-se entender tanto uma pretensão individual que se tenha expriado por todos os indivíduos, bem como um interesse comum a todos, antes de ou sem sua afetação atomizada.

Já o *interesse público*, apesar de transindividual, diferencia-se pois é identificado pela existência de uma relação típica entre o Estado, a coletividade e o indivíduo, com o fim de perseguir aqueles valores elencados pelo ordenamento jurídico,

...afetíveis em dado segmento da realidade, que coloque em contraste interesses que se contraponham. Assim, o interesse público é a síntese dos interesses, compreendidos estes como os valores jurisdicizados da coletividade organizada e submetida a um regramento jurídico, com afetação direta ao Estado-poder, que genericamente os titulariza.⁴⁶

Com Hugo Nigro Mazzilli distinguem-se:

O interesse público identifica o bem geral, ou seja, o interesse da coletividade como um todo: esse é o que se pode chamar de interesse público primário. Já o interesse

⁴⁶ BEZNOS, Clovis. *Ação Popular e Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 1989, p. 14

público visto pelo Estado é o que se pode chamar de interesse público secundário.⁴⁷

Embora tal distinção mereça consideração, o interesse público, apesar de sua vinculação coletiva, acaba por ser apreendido na órbita de atuação do Estado como ator privilegiado de sua concretização, ou como síntese normatizada de interesses da sociedade, sejam eles de qualquer natureza.

O que se percebe, por fim, é que há como quê uma intersecção entre estes três tipos de interesses que acabam por se projetar no interior da ordem jurídica, assumindo feitios diversos, a partir de suas positivações pelo direito estatal.

⁴⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Ação Civil Pública no Estatuto da Criança e do Adolescente*, *Revista de Informação Legislativa*, n. 109, p. 288

3.2.3. Interesses Individuais Homogêneos

Por outro lado, temos os *interesses individuais homogêneos*. Estes nada mais são do que *interesses individuais com causa comum que afeta um número específico de pessoas, embora de forma e com conseqüências diversas para cada uma delas*. O que irá distinguí-los do direito individual é a decorrência de uma origem comum⁴⁸ que atinge diversas pessoas ao mesmo tempo, ou seja, são diversas afetações individuais, particulares, originárias de uma mesma causa, o que coloca os prejudicados envolvidos em uma mesma situação, embora cada um deles possa expor pretensões com conteúdo e extensão distintos.

Em face da causa comum, permite a lei (Lei 8078/90) que os prejudicados atuem conjuntamente e unitariamente para verem satisfeitos os seus prejuízos.

Por isso falamos ser este um conceito intermédio, já que, mesmo tendo características de comunitariedade - causa ou origem comum -, projeta situações individuais. Sua previsão projeta um mecanismo de economia processual na medida em que permite se aglutinem diversas pretensões surgidas de causa idêntica. São, ao fim e ao cabo, interesses individuais que buscam satisfação jurídica por via de remédio processual único dada a sua homogeneidade causal. Há, aqui, um *plus* no tocante à causalidade que os afasta do interesse estritamente individualizado mas

⁴⁸ Conforme observa o Código do Consumidor (Lei 8078/90), art. 81, III

que não permite sua inclusão no rol dos interesses transindividuais em sentido restrito.

Todas estas figuras distintas tocam de alguma forma os limites propostos dos interesses transindividuais, muitas vezes se apropriando de algumas de suas características sem, todavia, englobá-las completamente, como veremos adiante.

3.3. Uma Nova Ordem de Direitos: os interesses transindividuais

Para compreender a emergência desta nova realidade e sua inserção jurídica é indispensável que, de antemão, apontemos alguns pressupostos indispensáveis para que se perceba aquilo que se apresenta para o Direito neste fim de século, como fenômenos cruciais para a humanidade, representando uma reformulação substancial em seus enunciados mais tradicionais e pretensamente solidificados.

3.3.1. Considerações Gerais

Todo o quadro (re)desenhado nas páginas antecedentes, aponta para a ocorrência de novas realidades factuais que acabam por serem jurisdicizadas, compondo um novo rol de direitos. Tais são os aqui tratados sob a rubrica genérica de interesses transindividuais.

Tais interesses pressupõem, de alguma forma, mesmo a idéia de direito social que, no sentido amplo acima⁴⁹ descrito, não significa a simples regulação dos interesses relacionados às relações de trabalho e de seguridade social. Para além do conteúdo que regula, ele representa um outro modelo de ordem normativa baseado no pressuposto de integração dos seus atores e não como uma ordem subordinativa e hierarquizada.

Em razão do repetido atrelamento do direito social à questão social, é que se mostra salutar, para não dizer indispensável, que prendamos nossa atenção na construção dos interesses transindividuais - em suas duas categorias principais: *coletivos e difusos*.

Esta categoria - interesses transindividuais - permite, com sua duplicidade interna, uma aproximação qualificada às questões transpessoais, na medida em que consegue desvincular o seu conceito da idéia restritiva dos conflitos do trabalho, em especial.

⁴⁹ Ver cap. II desta Tese.

É bem verdade, importa que se reafirme, que foi justamente o desenvolvimento destes conflitos que impulsionaram sobremaneira a construção de uma teoria mais acabada acerca dos conflitos e interesses de natureza coletiva em sentido amplo, como buscamos espelhar nas páginas precedentes.

As transformações da sociedade contemporânea, entretanto, não produziram somente novos embates no campo das relações de produção e seus arredores. O aprofundamento do projeto desenvolvimentista significou, outrossim, uma transformação radical no modo de vida das pessoas, assim como importou numa interferência significativa no meio ambiente, não só no sentido ecológico *stricto sensu*, como também no social. As *deseconomias externas*, no sentido proposto por Fernando Scaff⁵⁰, afetaram não só o mercado e a produção fabril, como também trouxeram reflexos no dia-a-dia das pessoas, na sua *qualidade de vida*.

Esta transformação radical no *modus vivendi* iniciada, de forma paradigmática, pela transformação das relações de produção e aprofundada pela alteração radical no equilíbrio ecológico do planeta e pelo próprio desenvolvimento tecnológico, significa, no campo da teoria jurídica, uma total indaptação dos seus conceitos clássicos ligados, inevitavelmente, aos conflitos de natureza inter-individual e apropriados, como já dito anteriormente, a uma concepção de relações de exclusão.

⁵⁰ SCAFF, Fernando, *A Responsabilidade do Estado Intervencionista*. Para ele tal conceito diz respeito aos efeitos externos à produção e que não podem ser apurados pelo mercado, tais como a poluição, congestionamento, esgotamento dos recursos naturais, etc.

Portanto, é mister que busquemos imediatamente a adaptação do Direito, como mecanismo de regulação do convívio social, a uma realidade que não se adapta aos seus pressupostos tradicionais.

A retomada da idéia de direito social possibilita, através de uma revisão crítica, que nos precipitemos em direção a uma redefinição, ou melhor, de um rearranjo da teoria jurídica, levando-se em conta também a permanência do *Welfare state* que, apesar de suas crises recorrentes, parece-nos um instrumento inevitável para a compreensão de uma realidade que impõe, a cada dia mais fortemente, a necessidade da aceitação do *être ensemble*.

Da confluência de fatores próprios à sociedade contemporânea emergem interesses que, além de escaparem à tradição individualística, se põem como indispensáveis à vida das pessoas. São interesses que atinam a toda a coletividade, são interesses ditos transindividuais, pois não estão acima ou além dos indivíduos, mas perpassam a coletividade de indivíduos e estes isoladamente. São interesses que se referem a categorias inteiras de indivíduos e exigem uma intervenção ativa, não somente uma negação, um impedimento de violação - exigem uma atividade. Ao contrário do Direito excludente, negativo e repressivo de feição liberal, temos um Direito comunitário, positivo, promocional. Chega a ser um *direito educativo*, no sentido que busca criar, antes que reprimir, uma consciência de compromisso com atos futuros. Castigar o passado, além de insuficiente, é ineficiente para seus objetivos.

O cerne deixa de ser o direito individual-egoístico e passa a ser predominantemente coletivo - e difuso - onde a socialização e a coletivização têm papel fundamental. A transformação inicial ocorrerá com o aspecto fundante do Direito do Trabalho e através das políticas públicas que são formuladas por intermédio de instrumentos legislativos de variados matizes.

Há, nesta passagem, em primeiro lugar, a interrogação de um primado básico da tradição individualista. O interesse individual - juridicizado como direito subjetivo - passa a concorrer com interesses que têm nos seus polos ativo e/ou passivo não mais o homem como ser isolado, mas o grupo dos interessados que pode variar em número e em qualidade, mas que é plural.

Devemos repisar a justificativa acerca da utilização de este termo - transindividual - em prejuízo da noção *metaindividual*, longamente apresentada na doutrina. Não se trata simplesmente de uma facilidade semântica atrelada à sua consagração normativa pelo legislador.⁵¹ Significa, isto sim, uma apelo a uma melhor compreensão do objeto designado pelo signo, pois em se tratando de interesses envolvendo conjuntos de interessados, importa referendar a idéia de que se trata de pretensões que, embora ultrapassem o indivíduo singularmente definido, perpassam-no.

O prefixo *trans* permite, assim, que possamos apreender a idéia de que os interesses ora debatidos, apesar de comuns (nitários), tocam imediata e individualmente - embora este termo individual não tenha o mesmo conteúdo

⁵¹ Ver Lei 8078/90 - Código do Consumidor.

excludente de quando está empregado como direito individual, como salientado há pouco - cada componente desta coletividade, ao passo que, a consagração do prefixo *meta* importa uma perspectiva de algo que esteja alheio e acima do indivíduo, sem tocá-lo de forma alguma.

Parece-nos que esta passagem do singular para o coletivo não se faz aniquilando o indivíduo mas, inserindo-o numa dimensão comunitária.

Todavia, ao se transcender o caráter subjetivo formal da mesma, pode-se consubstanciar a titularidade difusa do interesse, da mesma forma que este. Assim, a dificuldade em se identificar *um/o* titular não justifica para muitos juristas, por si só, a impossibilidade de falar-se em um direito subjetivo difuso, como é o caso do direito subjetivo ao meio ambiente.⁵²

Discute-se, ainda, acerca de ser *direito* ou *interesse* a melhor designação para a sub-espécie *difuso* dos interesses transindividuais - como apontado acima -, uma vez que neles é impossível a identificação precisa da titularidade, como, por exemplo, no caso de consumidores lesados em virtude do consumo de um produto industrial produzido fora de suas especificações, onde não seria factível a identificação das pessoas atingidas pelo mesmo.

⁵² Ver: SERRANO MORENO, Jose Luis. *El Derecho Subjetivo al Ambiente*. Granada, s/d, mimeo; *El Ambiente como Fin de Estado y como Derecho Subjetivo*. Granada, s/d, mimeo; *Ecología y Derecho: principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*. Granada: COMARES. 1992.

Da mesma forma, não é ponto pacífico a forma de classificação para albergar as distintas espécies destes. Há autores que entendem que tanto os interesses coletivos como os difusos se acham alojados na rubrica dos interesses(direitos) trans(meta)individuais, uma vez que ultrapassam o indivíduo isoladamente considerado. Estes constituiriam o gênero e aqueles as espécies.

Outros autores sustentam que o gênero são os interesses(direitos) coletivos que se subdividiriam em interesses(direitos) coletivos "strictu sensu" e em interesses(direitos) difusos propriamente ditos.

Preferimos a primeira classificação em razão de sua maior clareza didática, utilizando nomenclatura distinta para cada um de seus elementos, o que, instrumentalmente, a torna mais precisa.

Visto isto, podemos, então, passar a estudar o conteúdo dos chamados interesses transindividuais. Para tanto, indispensável se faz, desde logo, a compreensão de que tais interesses, tendo como característica preliminar e central a titularidade disseminada em diversas pessoas, distinguem-se internamente em duas grandes espécies: *coletivos* e *difusos*.

3.3.2. Os Interesses Coletivos

Dentro do gênero dos interesses transindividuais aparecem, em primeiro lugar, os chamados interesses coletivos que, estando titularizados por um conjunto de pessoas, permanecem adstritos a uma determinada classe ou categoria delas, ou seja, são os interesses que são comuns a uma coletividade de pessoas e a elas somente.

Para a caracterização destes pressupõe-se a delimitação do número de interessados com a existência de um *vínculo jurídico* que una os membros desta comunidade para que, assim, a titularidade possa ser coletivamente definida.

O que se percebe desde logo é que, embora coletivos, tais interesses têm uma titularidade perfeitamente visível, pois identificada com os membros de um determinado grupo, unidos por um laço jurídico. Neste espectro podemos, então, situar, exemplificativamente, a sociedade mercantil, o condomínio, a família, o sindicato, os órgãos profissionais, entre outros, como grupos de indivíduos nos quais expressam-se tais interesses.

Como visto, o interesse será coletivo quando titularizado pelos elementos pertencentes a um grupo perfeitamente delimitado subjetivamente, pois juridicamente unidos. Assim, o interesse coletivo tem como titulares, apesar de sua extensão numérica, um conjunto delimitável e perceptível de pessoas.

Esta *affectio societatis* que liga os membros do grupo dá margem ao nascimento de interesses comuns, surgidos em função de uma relação de base que une os membros de uma referida comunidade e que, não se confundindo com os interesses estritamente individuais de cada sujeito do grupo, permite sua identificação.

O campo do Direito do Trabalho expressa de forma muito clara esta concepção quando das questões de natureza coletiva que envolvem, por exemplo, os integrantes de uma determinada categoria profissional agrupados em torno do sindicato da mesma, ou dos funcionários de uma empresa quando temos, e. g., uma realidade sindical tendo por base a empresa e não a categoria profissional. Em ambas as situações, todavia, os interesses relevando à coletividade terão por limite seja a categoria profissional, seja a inserção funcional das pessoas. Dessa forma, a coletividade de interessados estaria perfeitamente delimitada em ambos os casos pela ligação jurídica de base que une os indivíduos do grupo e limita-lhes a extensão subjetiva. Da mesma forma, temos interesses coletivos quando estivermos perante um grupo de consorciados, uma coletividade reunida em um condomínio, um grupamento familiar, etc.

Teremos, assim, configurados interesses coletivos quando um interesse comum afetar uma coletividade inteira de indivíduos reunidos por meio de vínculos jurídicos.

Precisamos aprofundar a compreensão da idéia de interesse coletivo para que possamos afastá-la limpidamente de outras que, apesar de sua feição múltipla, permanecem adstritas ao âmbito dos interesses individuais.

Para tanto, podemos acercar-nos desta *pureza*, distinguindo três conotações diversas que podem assumir a idéia de interesse coletivo. Destas, somente a última nos será útil para nos apercebermos da presença de um interesse transindividual, senão vejamos:

A. A primeira acepção corresponde ao *interesse pessoal* do grupo que é diverso dos interesses pessoais de seus componentes. Estes dizem respeito aos interesses pessoais da pessoa jurídica ou moral, configurando neste novo ente um interesse individual de segundo grau, com o mesmo caráter do interesse individual de primeiro grau titularizado pelo homem isolado;

B. A segunda identifica o interesse coletivo à *soma dos interesses pessoais* dos membros do grupo, sendo, portanto, coletivo só na forma de exercício dos diversos interesses individuais;

C. A última apresenta o interesse coletivo como a *síntese* dos diversos interesses individuais em jogo no interior do grupo, materializando um todo-novo interesse identificado com o grupo diretamente e, mediamente com os seus membros, despersonalizando os diversos interesses individuais dispersos em seu interior e não personalizando um novo interesse individual na própria entidade grupal.

É somente neste terceiro momento que estará presente o interesse coletivo adaptado à idéia aqui exposta. Nos dois conteúdos anteriores estaremos ainda diante de interesses individuais que podem ser os do próprio grupo ou de seus componentes, exercidos de forma coletiva.

Neste sentido, o interesse será coletivo quando *além de depassar o círculo de atributividade individual, corresponde à síntese dos valores predominantes num determinado segmento ou categoria social*⁵³. Todavia, esta é uma situação que se apresenta também com relação aos interesses difusos - como veremos abaixo - o que nos coloca frente à impossibilidade de diferenciá-los de forma definitiva, dada a invariabilidade residente neste aspecto.

Logo, para definirmos o que sejam interesses coletivos devemos lançar mão de seu elemento caracterizador, para dizer que um interesse será coletivo quando o mesmo representar a síntese das pretensões de um grupo determinado ou determinável de indivíduos, unidos entre si por um liame jurídico comum.

É, efetivamente, o substrato jurídico de união dos membros do grupo que será a todo instante referido pela doutrina como definidor do interesse coletivo. Tal se justifica, também, porque o outro traço próprio aos interesses coletivos, qual seja a determinação dos elementos componentes do grupo, se reflete da própria existência desta amarra jurídica, a qual, por si mesma, limita a participação na comunidade aos elementos identificados com aquele laço de união.

⁵³ MANCUSO, Rodolfo. *Interesses Difusos*. p. 33

Na doutrina brasileira, ligada à questão dos interesses coletivos, é repetidas vezes referendada esta posição. Tanto Hugo Nigro Mazzilli, quanto Lucia Valle Figueiredo, bem como Ada Pelegrini Grinover⁵⁴, propõem uma definição destes, partindo da existência de um vínculo jurídico de união e significando, dessa forma, dizer respeito ao homem socialmente vinculado, o que implica um privilegiamento da sociedade civil organizada.

Para Celso Ribeiro Bastos,

*...os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado e não ao homem isoladamente considerado. Colhem, pois, o homem não como simples pessoa física tomada à parte, mas sim como membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato, o membro de uma família, o profissional vinculado a uma corporação, os acionistas de uma grande sociedade anônima, o condomínio de um edifício de apartamentos.*⁵⁵

A lei 8078/90 - Código do Consumidor - estatue:

Art. 81, II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza

⁵⁴ A posição destes autores pode ser conferida, entre outras, nas publicações encontradas na Revista de Informação Legislativa, n. 109, p. 289; Revista de Direito Público, ns. 82, p. 111 e 93, p. 20

⁵⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *A Tutela dos Interesses Difusos no Direito Constitucional Brasileiro*. Revista de Processo. São Paulo: RT, n. 23, 1986, pp. 37 e ss.

indivisível de seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica.

Partindo destas assertivas, podemos dizer que os interesses coletivos caracterizam-se primordialmente por:

A. Apresentar-se como *síntese dos interesses individuais*, configurando o fenômeno da *despersonalização dos interesses* individuais. Todavia, esta é uma característica partilhada com os interesses difusos;

B. Ser interesses que pressupõem a existência de um *vínculo jurídico* de união dos elementos componentes do grupo, o que, de certa forma, garante/assegura a homogeneidade do mesmo, embora, por outro lado possa engendrar um processo de corporativização, o que pode significar a desnaturação do interesse coletivo como fenômeno superior de transindividualização/socialização do Direito, reconduzindo-o à identidade de interesse individual egoístico. Este vínculo referenda a ocorrência de uma *titularidade identificável*;

C. Permitir, como consequência do laço jurídico que os une, a *determinação/identificação dos elementos componentes da coletividade*. Ou seja: a titularidade destes interesses pode ser a todo instante reconhecida;

D. *Impedir a fruição individual excludente* por parte de qualquer componente da coletividade. Assim, os integrantes da categoria ou classe não podem fruir individualmente do interesse sintetizado no grupo, muito embora possam, a

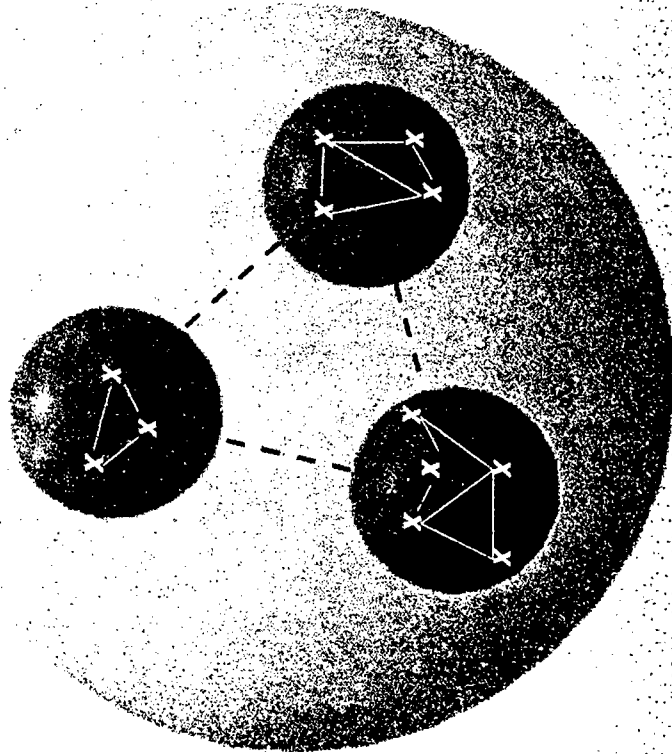
título particular, aproveitar-se de tal interesse sem, no entanto, com isto afastar a possibilidade de fruição dos demais co-titulares, que dele poderão beneficiar-se em momento diverso ou simultâneo. Todavia, pode-se, ainda, considerar excludente a fruição quando considerarmos a posição de uma dada coletividade frente às demais;

E. Ter como característica, sendo a síntese de determinados valores do grupo - o que não significa a unificação dos diversos interesses num único interesse coletivo - a *indisponibilidade*. Assim, nem a coletividade, como organização superposta aos indivíduos isolados, nem os membros simples, poderão, como ocorre com os interesses individuais, dispor de tais interesses que, uma vez estabelecidos, representam um valor disponível da coletividade como entidade diversa tanto de sua apresentação estrutural como figura jurídica, quanto de seus membros vistos separadamente;

F. Sua *tutela* estar intimamente ligada ao *grupo* que dá substrato jurídico para a formação da coletividade. Como consequência desta tomada de importância de um tal tipo de interesse jurídico, se espraia a idéia de controle público, perdendo força a dualidade estatização-privatização.

Frente a isso podemos propor a seguinte representação para os tais interesses coletivos:

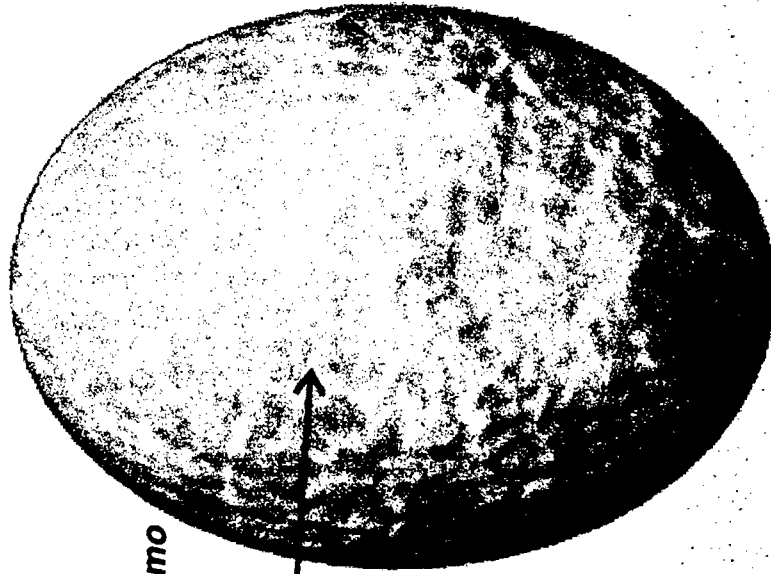
INTERESSES COLETIVOS



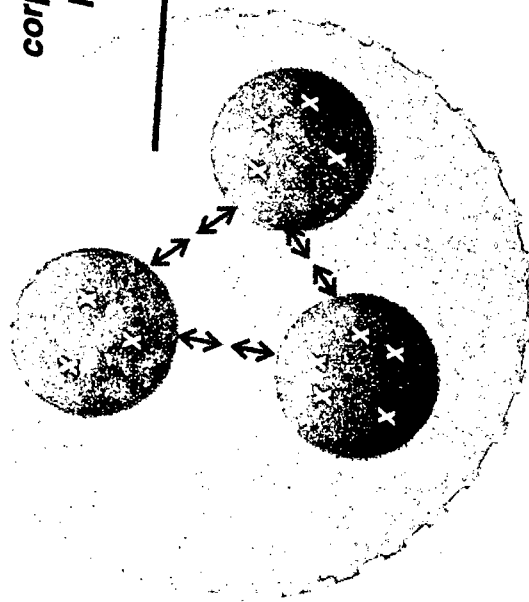
relações ténues intergrupais

x-x-x-x vínculo jurídico

INTERESSES COLETIVOS - relações



corporativismo
proteção
direitos



grupo

↔ ↔ reciprocidade/exclusão

Os quadros acima representam graficamente os nominados interesses coletivos e, neles podemos visualizar a sua vinculação às coletividades surgidas a partir de laços jurídicos originários que (re)unem os indivíduos anteriormente dispersos.

Aqui já se percebe o surgimento de aproximações tênues entre as diversas coletividades, o que projeta possíveis relações de reciprocidade, embora ainda matizadas pelo caráter exclusivista que podem assumir os interesses coletivos quando, então, os grupos atuam de forma idêntica aos indivíduos. O caráter corporativo, muitas vezes assumido pelos grupos titulares de pretensões coletivas, desnatura a sua transcendência transindividual.

Assim, à diferença do interesses individuais, os interesses transindividuais coletivos apontam já para uma ampliação da conflituosidade, em razão mesmo de seu caráter grupal. Apesar disso, e em consequência, poderíamos nominar tal litigiosidade como sendo *abrangente/circunscrita*, posto que, embora englobe inúmeras pessoas, tem seu âmbito delimitado pela ocorrência necessária de uma vinculação jurídica entre as mesmas, o que afasta as demais, alheias a tal relação de Direito.

A consequência desta ampliação dos limites subjetivos do conflito implica, também em um aprofundamento de sua politização, a qual poderíamos chamar *circunstancial*, em razão de, ela também, estar adstrita à ocorrência de tal laço de união entre os interessados. Tal se dá, por outro lado, ainda porque o conteúdo das matérias vinculadas a tais interesses importam na introdução de novos

elementos na demanda jurídica - veja-se, por exemplo, o caso das lides trabalhistas coletivas onde as demandas de obreiros e empresários vinculam, além de questões técnicas, outros elementos de caráter que poderíamos nominar, à falta de um melhor termo, sócio-jurídicos.

Por outro lado, cabe apontar, como referido na representação gráfica acima, que aqui emergem, dada a pretensão não-exclusivista limitada de tais interesses, relações não só internas - devidas ao vínculo jurídico entre os indivíduos componentes do grupo - mas também externas que, embora tênues, apontam para uma conjugação de interesses.

Assim, o que se observa nesta representação é que, diferentemente dos interesses individuais, os interesses coletivos apontam para o estabelecimento eventual de relações mais agudas no que diz respeito aos vínculos intergrupais.

Aqui percebe-se já uma aproximação coletiva de indivíduos formando entidades coletivas que permitem o estabelecimento de relações de *reciprocidade/exclusão*, ou seja, embora tenhamos um privilegiamento dos agrupamentos, estes podem apresentar-se como "indivíduos" diferenciados, atuando corporativamente e reproduzindo as feições próprias ao direito individual clássico - por isso sua representação como círculos fechados. Sendo que esta é uma situação que se reproduz freqüentemente em suas pretensões dirigidas ao Estado.

Por outro lado, a característica que transparece de sua vinculação à ordem estatal diz respeito não mais a uma simples garantia - embora isto apareça

quando assumem feições corporativas - mas a pretensão de serem *protegidos e promovidos* seus interesses. O que sobressãe neste momento já não é o asseguramento através da coerção estatal. Aqui já está presente o caráter premial das normas jurídicas produzidas no objetivo de ver efetivadas certas atitudes queridas.

Há quem, como Rodolfo C. Mancuso⁵⁶, limite a três as notas fundamentais caracterizadoras dos interesses coletivos:

A. um mínimo de organização;

B. afetação a grupos determinados ou determináveis de pessoas - entidades próprias da sociedade civil;

C. um vínculo jurídico básico.

Tal assertiva, em todo válida, deixa, todavia, de lado alguns aspectos que, longe de serem secundários, significam uma tomada de posição distinta daquela assumida tradicionalmente pelos interesses individuais, permite a falsa idéia de serem os interesses coletivos, em realidade, interesses individuais assumidos coletivamente, na medida em que não expulsa de seus limites aspectos ligados à tradição individualista, tais como a despersonalização e a fruição não-excludente.

⁵⁶ MANCUSO, *Interesses Difusos*, p. 46

Por outro lado, não podemos perder de vista o viés *corporativo* assumido repetidamente pelos entes representativos dos interesses coletivos, o que os faz reaproximarem-se dos interesses individuais. Ou seja: quando uma coletividade propõe seus interesses corporativamente, reproduz aspectos próprios aos interesses individuais na medida em que se comporta como uma mônada isolada ou um indivíduo de segundo grau, um indivíduo composto.

Em especial, sua atuação referenda a pretensão exclusivista/excludente própria do interesse individual, quando com a sua pretensão busca excluir/impedir o acesso dos demais ao mesmo. Esta é, entretanto, uma deformação prática da teoria, mas que não pode ser renegada pôsto que recorrente.

Todavia, a teoria dos interesses coletivos está longe de esgotar as possibilidades desse processo de despersonalização dos interesses. Se, do início aos meados do século XX, a resposta jurídica à questão social e aos demais aspectos ligados ao Estado do Bem-Estar Social significaram a crise profunda da idéia de direito individual, a segunda metade deste mesmo período histórico impõe, diante do próprio esgotamento das condições vitais do planeta, ao lado de outros problemas ligados à sociedade industrial, novas questões que, para serem apreendidas pelo universo jurídico, significam o aprofundamento da crise da racionalidade jurídica individualista.

São estes novos impasses relacionados genericamente à *qualidade de vida* das pessoas que põem na ordem do dia um novo tipo de interesses que, longe de

serem individuais, diferenciam-se profundamente daqueles transindividuais de que até aqui vimos falando, os coletivos.

3.3.3. Os Interesses Difusos

Estes novos interesses, apesar de estarem relacionados à coletividade de indivíduos, distinguem-se sobremaneira dos anteriormente referidos por *não estarem alicerçados em qualquer vínculo jurídico de base*.

A reunião de pessoas em torno de um interesse difuso assenta-se em *atos genéricos, acidentais e mutáveis*, como habitar a mesma região, consumir os mesmos produtos, viver sob determinadas condições sócio-econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos, etc., como refere o jurista italiano Mauro Cappelletti.⁵⁷ Em razão disso, o grupo ligado aos interesses difusos apresenta-se fluido, indeterminado e indeterminável, pois estão diluídos na satisfação de necessidades e interesses de amplos setores da sociedade de massas, característica dos tempos atuais.

Com o crescimento de importância das questões envolvendo interesses difusos aprofunda-se, ainda mais, a incompatibilidade destes com uma teoria jurídica

⁵⁷ CAPPELLETTI, Mauro, *Formações Sociais e Interesses Coletivos diante da Justiça Civil*, pp. 128-59.

tradicional acostumada a reconhecer e atrelar a todo o direito um titular visível e palpável. Os interesses difusos significam uma *indeterminação subjetiva* de sua titularidade, embora pressuponham, da mesma forma que os interesses coletivos, um reforço da sociedade civil organizada, como único instrumento capaz de colocá-los em prática.

Todavia, este vínculo com a sociedade civil não se dá da mesma forma que quando tratamos dos interesses coletivos. Neste caso, os agrupamentos organizados têm um papel fundante pois, é a partir de sua identidade interna que se estabelecerá o liame jurídico oportunizador da concretização dessa síntese própria ao interesse de grupo. No que diz respeito aos interesses difusos, estes mesmos organismos da sociedade civil, embora participem ativamente como instrumentos de viabilização dos interesses, não têm um papel jurídico fundamental como ordem integradora da coletividade para justificar a emergência do interesse, muito embora apareçam como essenciais para a sua projeção tanto política quanto jurídica.

A síntese ordenadora do próprio interesse se fará não no interior de um grupo determinado, mas como fruto do debate democrático no interior diluído da sociedade civil como um todo. Dessa forma, é o *indivíduo*, enquanto *cidadão*, que atuará para dar conteúdo a esta forma fluida. É evidente que esse indivíduo que está presente na definição dos interesses difusos não pode ser o mesmo que titulariza os interesses individuais egoísticos, uma vez que o objeto destes interesses representa questões que afetam problemas cruciais da comunidade, referendando, em verdade, opções prático-políticas cuja satisfação ou lesão implicam a da coletividade como um todo. Isto não significa a destituição do papel dos grupos. Pelo contrário, há um

fortalecimento destes na medida em que servem como mecanismos fundamentais para a praticabilidade, a implementação e a busca de efetivação, de tais interesses. Há, aqui, a possibilidade de conjugação de forças entre a ação individual e a ação coletiva.

Essa condição, eminentemente política, impõe aos operadores jurídicos uma nova postura frente ao Direito, reincorporando o seu conteúdo ético.⁵⁸

A marca tradicional de distinção interna aos interesses transindividuais releva à existência (interesses coletivos) ou não (interesses difusos) de vínculo jurídico entre os membros do grupo. No caso destes últimos a unidade se formará a partir de situações contingenciais de fato e, sobretudo, calcada em pretensões de natureza prospectiva e positiva e não em reparações a prejuízos já sofridos.⁵⁹

Na linha conceitual, Péricles Prade diz serem difusos os interesses

⁵⁸ Este é um debate que vem sendo travado por inúmeros juristas. No caso brasileiro podemos apontar, no âmbito da sociologia jurídica, os trabalhos de Jose Eduardo Faria, Celso Campilongo, Jose Reinaldo de Lima Lopes; na perspectiva processual, Ada Pellegrini Grinover, Candido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe, Luiz Guilherme Marinoni, Hugo Nigro Mazzilli, Rodolfo de Camargo Mancuso. Embora não seja objeto de estudo específico neste momento, deve-se salientar a importância da pesquisa nesta área a fim não só de compreender e instrumentalizar os operadores jurídicos tradicionais mas, também, de incorporar a ele a tematização referente a outros operadores que se projetam como fundamentais nos dias atuais, tais, e.g., os peritos, os quais poderiam ser tidos como *operadores jurídicos secundários*, sem minimizar sua importância.

⁵⁹ Ver, e.g., as definições aportadas por Hugo Nigro MAZZILLI (Revista de Informação Legislativa, n. 109, p. 289), Ada Pellegrini GRINOVER (Revista de Direito Público, n. 93, p. 20) e Lei 8078/90, onde dizem-se difusos os interesses *transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligados por circunstâncias de fato* (art. 81, I)

...titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade.⁶⁰

Nesta definição o autor procura agrupar no seu interior o conjunto de características próprias aos interesses difusos. Todavia, às mesmas devem ser agregadas outras, além de serem melhores explicitadas aquelas referidas.

Diz o Código do Consumidor (Lei 8078/90) em seu art. 81, I:

interesses difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Podemos, então, arrolar as principais características destes interesses como sendo:

A. Os interesses difusos caracterizam interesses que não pertencem a pessoa alguma de forma isolada, tampouco a um grupo mesmo que delimitável de pessoas, mas a uma *série indeterminada ou de difícil determinação de sujeitos*. Neste sentido é já tradicional a questão posta por M. Cappelletti inquirindo *a quem pertence o ar que respiramos(?)* e respondendo: *a cada um e a todos, a todos e a*

⁶⁰ PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*, pp. 57-58

cada um. O mesmo vale para outros interesses igualmente difusos: valores culturais, espirituais, consumidores, meio ambiente, etc.

Nos interesses difusos, a titularidade dos mesmos resta tão fluida, dispersa, quanto os mesmos, em razão da incoerência de um laço de união entre os possíveis/potenciais titulares. A titularidade é de todos e de ninguém - é de qualquer um, a qualquer momento;

B. Como conseqüência da indeterminação subjetiva, sequer poder-se-ia falar em titularidade para definir a quem caberia a tutela dos interesses difusos. Eventualmente, podemos defini-la como uma *titularidade aberta*, podendo ser conferida a um *ente esponenziale* que refletiria de maneira maximizada o interesse pretendido - como organismos intermediários da sociedade civil que encarnam a defesa de tais interesses de forma não burocrática (associações de moradores ou de consumidores, grupos ecológicos, partidos políticos, etc.) - e, pensamos nós, até mesmo a indivíduos isolados que assumam os ônus de uma tal *démarche* ou, a órgãos burocráticos tradicionais, como é o caso do Ministério Público no Brasil, não sem os riscos próprios a todos os organismos burocratizados ligados ao Estado;

C. À diferença dos interesses coletivos, *inexiste vínculo jurídico* que reúna os *sujeitos eventuais* ligados aos interesses difusos. Com isso, a categoria jurídica fundamental do *direito subjetivo* resta, para muitos juristas, desconectada desta nova realidade, pois este só subsistiria enquanto relacionado a alguém que o titularizasse diretamente, ou seja, haveria a necessidade de uma conexão perfeita entre o objeto do direito e seu detentor. Aqui, contudo, o debate não é findo. Há

posições divergentes, considerando a possibilidade de falar-se em um direito subjetivo difuso, e.g., um direito subjetivo ao meio ambiente.⁶¹

D. Os interesses difusos referem-se a bens *indivisíveis*, significando que a satisfação do interesse implica sempre na satisfação de toda a coletividade, da mesma forma que sua lesão se concretiza para todos;⁶²

E. Neles não há hipótese para se pensar em fruição exclusiva por algum titular, posto que sua satisfação ou lesão são inapreensíveis, pois disseminadas indistintamente entre os sujeitos todos e ao mesmo tempo. Há, pelo contrário, uma *inapropriabilidade individual exclusiva*, mais até do que uma eventual *apropriabilidade inclusiva*. A fruição é comum, de todos e de ninguém indistintamente;

F. A *indisponibilidade* é uma consequência de sua afetação indeterminada positiva ou negativamente;

G. Há uma conflituosidade intensa - *conflitualità massima*, na expressão de Mauro Cappelletti - que se expressa em razão da indeterminação dos sujeitos e da efemeridade e contingência dos próprios interesses, o que não permite limitar sua abrangência, oportunizando seu alargamento *ad infinitum*, principalmente no

⁶¹ Ver, neste sentido, a obra de Rosalina Correa de ARAUJO, *Direitos da Natureza no Brasil*, bem como texto inédito de Jose Luis SERRANO MORENO, *El Derecho Subjetivo al Ambiente* (mimeo) e *Ecologia y Derecho*. Granada: Comares. 1992.

⁶² Aqui cabe, novamente, a questão posta por Cappelletti e expressa na primeira característica apontada para os interesses difusos.

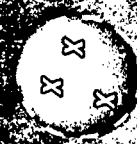
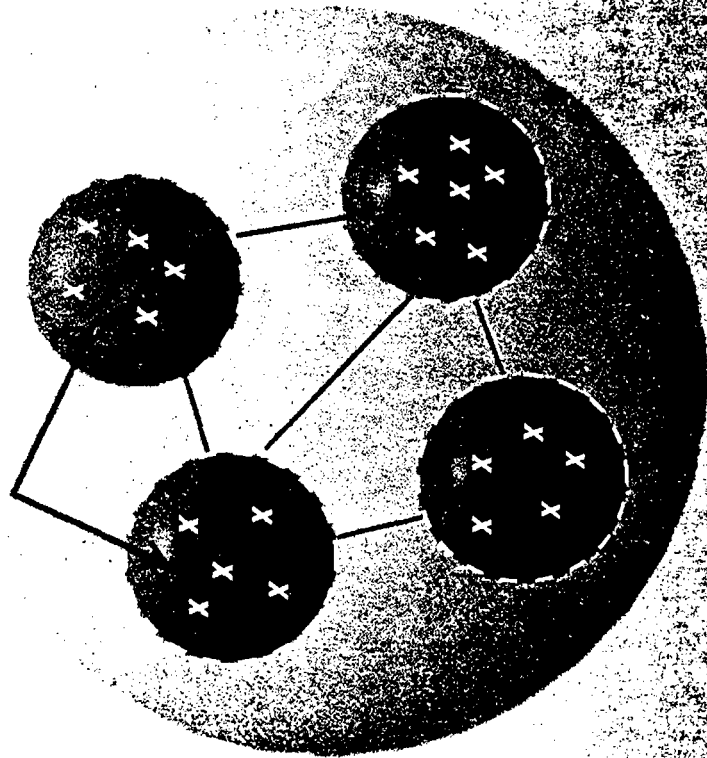
tocante aos sujeitos envolvidos, mas também quanto a extensão dos objetos atingidos;

H. Por seu próprio conteúdo diluído no campo do embate político da sociedade civil, os interesses difusos têm uma tendência à transição e mutação no tempo e no espaço. Têm um caráter de *efemeridade*, o que exige uma prestação jurisdicional imediata e eficaz sob pena de irreparabilidade da lesão.⁶³

Podemos, então visualizá-los da seguinte forma:

⁶³ Os aspectos relativos aos mecanismos de acesso à justiça e/ou solução dos conflitos envolvendo interesses difusos são objeto de análise específica no Capítulo IV desta Tese, no qual tal preocupação se apresenta apenas indicativamente. Para um estudo deste objeto remetemos, na literatura internacional, o leitor a: BONAFE-SCHMIT, Jean-Pierre. *La Médiation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992. 279 p.; CAPPELLETTI, Mauro (dir.) *Accès à la Justice et État Providence*. Paris: Economica, 1987. 361 p.; LASCOUMES, Pierre et al. *Transactions et Pratiques Transaccionnelles*. Paris: Economica, 1987. 256 p.

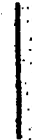
INTERESSES DIFUSOS



coletividade

Intercambiamento de componentes

laços de união



Os interesses difusos se apresentam fundamentalmente diferentes dos demais, sejam individuais ou transindividuais coletivos. Representam, caracteristicamente, interesses de fruição comum, apresentando um aprofundamento maximizado da conflituosidade, uma *intensificação*, pois referem questões que implicam em *definições acerca de aspectos estruturais de organização social*, o que implica em uma *politização profunda* de seus conteúdos.

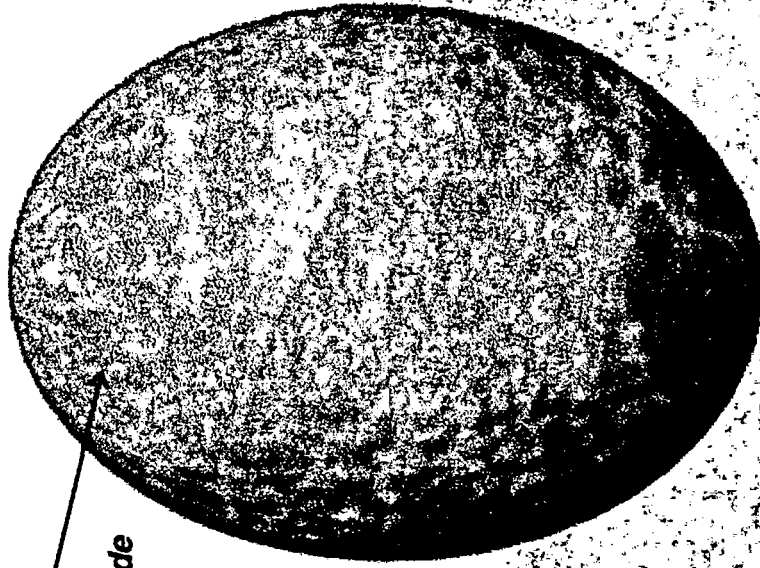
Por outro lado, deve-se perceber que a inexistência de vínculo jurídico unindo e caracterizando a coletividade permite um intercâmbio constante entre os eventuais componentes dos agrupamentos, bem como reforça o caráter inapreensivo de tais interesses, agora referentemente à seu aspecto subjetivo.

Ainda, os interesses transindividuais difusos implicam em um aprofundamento e reforço dos laços de união fáticos que reúnem o grupo "difuso" de pessoas em torno a determinado interesse, assim como, em razão de sua indeterminação subjetiva, a "comunidade" de interessados pode assumir contornos avantajados, referendando o que chamaríamos *amplitude máxima* - por isso os contornos abertos, fluidos dos agrupamentos.

Por outro lado, no que se refere às relações próprias aos interesses difusos, teríamos a seguinte situação:

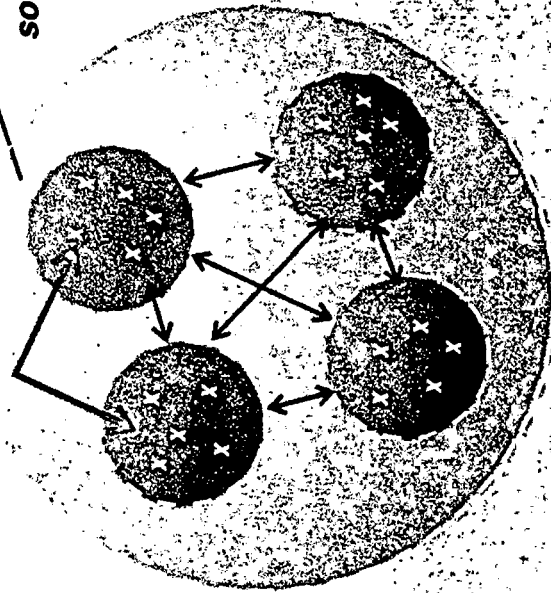
INTERESSES DIFUSOS - relações

Estado



solidariedade

Sociedade



reciprocidade



Em razão da fluidez com que se apresentam tais interesses e da comunitarização que lhes caracteriza, há o estabelecimento de relações de *reciprocidade/comunhão* não só entre aqueles que eventualmente compõem o agrupamento mas, também, face aos demais membros da coletividade uma vez que uma das características fundamentais dos mesmos diz respeito ao seu espraiamento indistinto sobre a mesma. Emerge, assim, o caráter *solidário* dos mesmos, apontando para a construção de uma ordem calcada no compromisso comum, na identidade recíproca, o que aponta para um rearranjo dos intercâmbios com o Estado, não mais visto como um assegurador de pretensões particularizadas mas, agora, um sintetizador da solidariedade social, no intuito de assegurar uma melhor qualidade de vida para todos.

A questão, referente à reparação do dano causado a um interesse difuso pode ser estudada como um elemento diferenciador deste em relação aos precedentemente referidos, assim como repercute em um tema maior, qual seja, a redefinição dos mecanismos tradicionais para resolução dos conflitos. Nestes pontos põem-se significativos problemas que merecem alguma detenção.

Quando nos situamos no interior dos interesses individuais, temos sempre presente a conversibilidade em dinheiro do direito protegido e lesado. Assim, como regra geral, a lesão do direito individual poderá ser reparada por um correspondente financeiro, em razão, por um lado, da própria patrimonialização destes interesses - aspecto fulcral para a juridicidade liberal -, o que oportuniza a sua calculabilidade e *adequação* ao padrão monetário, mas, por outro, pela identificação precisa de sua titularidade e, conseqüentemente, do credor da indenização.

A medida que passamos à transindividualização dos interesses, estes, além do espraiamento subjetivo de sua titularidade, assumem todo um outro conteúdo onde a questão da patrimonialidade de seu objeto vai se enfraquecendo.⁶⁴ Se pensarmos um pouco além das questões financeiras ligadas ao direito trabalhista - por exemplo, questões relativas às condições de exercício do trabalho - podemos já visualizar, em caso de lesão a tais interesses que afetam uma categoria completa de pessoas, a ineficácia da reparação econômica da lesão cometida, embora, muitas vezes, ela ainda seja o mecanismo utilizado como modelo reparatório.⁶⁵

Se, quando pensamos os ramos clássicos dos interesses transindividuais, já temos visível este entrechoque entre a lesão cometida e a tradicional patrimonialidade da reparação, quando nos encontramos frente a questões de natureza essencialmente difusa, percebemos a total inadequação de uma tal solução.

Esta inadaptação se produz não só, como pareceria à primeira vista, pela impossível definição dos eventuais beneficiados da reparação em razão da indeterminação subjetiva do interesse lesado mas, também, e principalmente, pelo conteúdo do próprio objeto desse interesse que se mostra inadaptado à sua versão em moeda. Mesmo se pensarmos na possibilidade de pagamento dos prejuízos acarretados, será muito difícil, senão impossível, encontrarmos um equivalente

⁶⁴ Talvez fosse melhor utilizarmos o termo contrário - fortalecendo - para significar que com os interesses difusos chegamos à regulação de bens de valor inestimável.

⁶⁵ O que se percebe na prática judiciária, muitas vezes, é que esta patrimonialização dos interesses está de tal forma incorporada pelos operadores jurídicos que nenhum outro mecanismo é imaginado. Além disto, a realidade de pauperização das classes operárias e de grandes parcelas da população, em um sentido mais amplo, em especial nos países externos ao nominado Primeiro Mundo, implica na *venda* - comercialização - das condições de trabalho, especificamente, ou de qualquer outro interesse porventura atingido.

financeiro para a *qualidade de vida* de uma coletividade inteira, mesmo porque não se pode pensar em reparações parciais para cada indivíduo pretensamente atingido, uma vez que não há uma titularidade individualizada.

É o conteúdo do próprio interesse que se mostra inapto à conversibilidade em dinheiro. Pela perspectiva inversa - eficácia dos interesses difusos - a possibilidade de *compra* dos prejuízos causados significaria a derrocada da própria idéia destes novos interesses que cairiam na vala comum dos interesses patrimonializados.

Para ilustrar estas assertivas, podemos buscar alguns exemplos práticos e nada fictícios. Basta que lembremos e levemos em consideração, por exemplo, o acidente de Tchernobyl - caso de uma usina nuclear de produção de energia que teve um de seus reatores incendiado, lançando na atmosfera uma descarga radioativa que atingiu quase que a totalidade do continente europeu com a chamada nuvem radioativa e cujos prejuízos mediatos sequer são imagináveis. Outro caso típico, de proporções também gigantescas, aconteceu no Alaska, quando um grande petroleiro (Exxon Valdez) chocou-se com o gelo, derramando sua carga no mar.⁶⁶

Tais situações paradigmáticas demonstram claramente, por um lado, a extensão subjetiva e objetiva que pode atingir um tal tipo de catástrofe: se tomarmos, por exemplo, o caso Tchernobyl, veremos que há um contingente razoavelmente mensurável de pessoas que foram atingidas, tomando-se por medida a exposição

⁶⁶ Dados rápidos acerca destes acidentes podem ser obtidos em: RÈMONDO-GOUILLOUD, Martine. *Du Droit de Détruire*. pp. 79-81.

direta e imediata aos efeitos da radiação. Todavia, este número se dirige ao infinito não identificável se aceitarmos como padrão os prejuízos imediatos e mediatos sofridos pela população europeia e por todos aqueles direta ou indiretamente atingidos - e.g., os consumidores de produtos contaminados. Mas, não se limitam a estes os prejuízos causados, devendo-se incorporar aos mesmos os custos ecológicos, culturais, étnicos, etc., que escapam totalmente a qualquer cálculo, mesmo probabilístico.

O caso das relações de consumo explicita limpidamente as distinções até aqui apresentadas. Diz Hugo N. Mazzilli:

Se, dentre uma série de bens de consumo vendidos ao usuário final, um deles foi produzido com defeito, o lesado tem interesse individual na indenização cabível. Já seu interesse pode ser individual homogêneo quando uma série de um produto saia de fábrica com o mesmo defeito, ou pode ser coletivo (em sentido estrito) quando de um aumento indevido das prestações do mesmo consórcio. Nestes dois últimos casos, em sentido lato, trata-se de interesses coletivos. Mas o interesse só será verdadeiramente difuso se impossível identificar as pessoas ligadas pelo mesmo laço fático ou jurídico, decorrente da relação de consumo (como destinatários de propaganda enganosa, veiculada pela televisão).⁶⁷

⁶⁷ MANCUSO, Rodolfo. *Interesses Coletivos no Código do Consumidor*. *Revista de Informação Legislativa*, n. 111, p. 313

Colocam-se em xeque todos os mecanismos próprios ao direito individual, de fazer face aos prejuízos ocorridos. Se a estimativa quantitativa apresenta, desde logo, problemas de mensurabilidade, a interrogação sobre a qualidade desta reparação apresenta toda uma outra série de dúvidas, a mais aguda referindo-se à sua adequação. Se pensarmos em abalos a, e.g., sítios culturais, poderemos perceber com maior facilidade a impossibilidade de trabalharmos neste campo com os mesmos mecanismos tradicionalmente ligados aos interesses individuais.

Percebe-se que a tradicional relação custo-benefício que se estabelece entre o interesse e a indenização a que a sua lesão acarreta, não pode prosperar quando se trata de questões referentes à *qualidade de vida* das pessoas.

O conteúdo indeterminado dos interesses difusos não pode assumir a mesma relação mercadológica que se estabelece para os interesses individuais. Mesmo que discutível no âmbito individual⁶⁸ o prejuízo é limitado no aspecto subjetivo e determinável - mesmo que em muitas situações aleatoriamente, por estipulação legal, judicial ou contratual - no aspecto patrimonial. Quando entramos no campo dos interesses transindividuais, particularmente os difusos, a natureza dos mesmos impede que o prejuízo causado seja *adquirido e recomposto* através do pagamento de uma quantia em dinheiro.

⁶⁸ Embora a questão da patrimonialização do direito seja crucial, no âmbito desta Tese não importa problematizar em profundidade tal aspecto. Cabe, todavia, a ressalva da interrogação acerca da eficácia e da aptidão satisfativa do pagamento do prejuízo como forma de resposta jurídica à lesão do interesse juridicamente protegido, mesmo no âmbito das questões individuais.

A necessidade de se repensar as formas de solução dos conflitos de natureza difusa acarreta, no campo da reparação dos prejuízos, a formulação de novos mecanismos. Neste caminho é que se pensa, então, em estabelecer, e.g., a obrigação de recomposição do meio ambiente degradado⁶⁹ pela atividade econômica exploratória ou mesmo pelo responsável pelo ato causador do dano.

Contudo, esta nova hipótese jurídica não atinge definitivamente o fim visado⁷⁰. Mesmo que com a recomposição do patrimônio prejudicado⁷¹ obtenhamos ganhos significativos, se comparada com a indenização financeira do dano, não chegamos, ainda, ao momento de invertermos o sentido do próprio Direito como mecanismo, mais que de regulação negativa, de *integração conjuntiva* que pode ter como base a formulação de uma ordem promocional. Neste sentido, mais importa aos interesses difusos a cumplicidade de todos com o conteúdo e asseguramento dos mesmos, do que uma possível repressão dos atos cometidos. É principalmente a preocupação com o aspecto educativo-promocional - que evita a ocorrência do ato danoso - do que com o repressivo.

⁶⁹ Vide art. 225, § 2º da Constituição brasileira de 1988

⁷⁰ Uma árvore de 500 anos derrubada, mesmo que replantada só terá esta idade depois de novos 500 anos passados. Logo, o restabelecimento do local no estado anterior é, em muitos casos, uma falsa solução.

⁷¹ No caso específico do petroleiro Exxon-Valdez utilizou-se tal mecanismo, tendo a companhia proprietária sido encarregada de efetuar a limpeza e despoluição das áreas atingidas.

3.3.4.A Complexidade do Direito⁷²

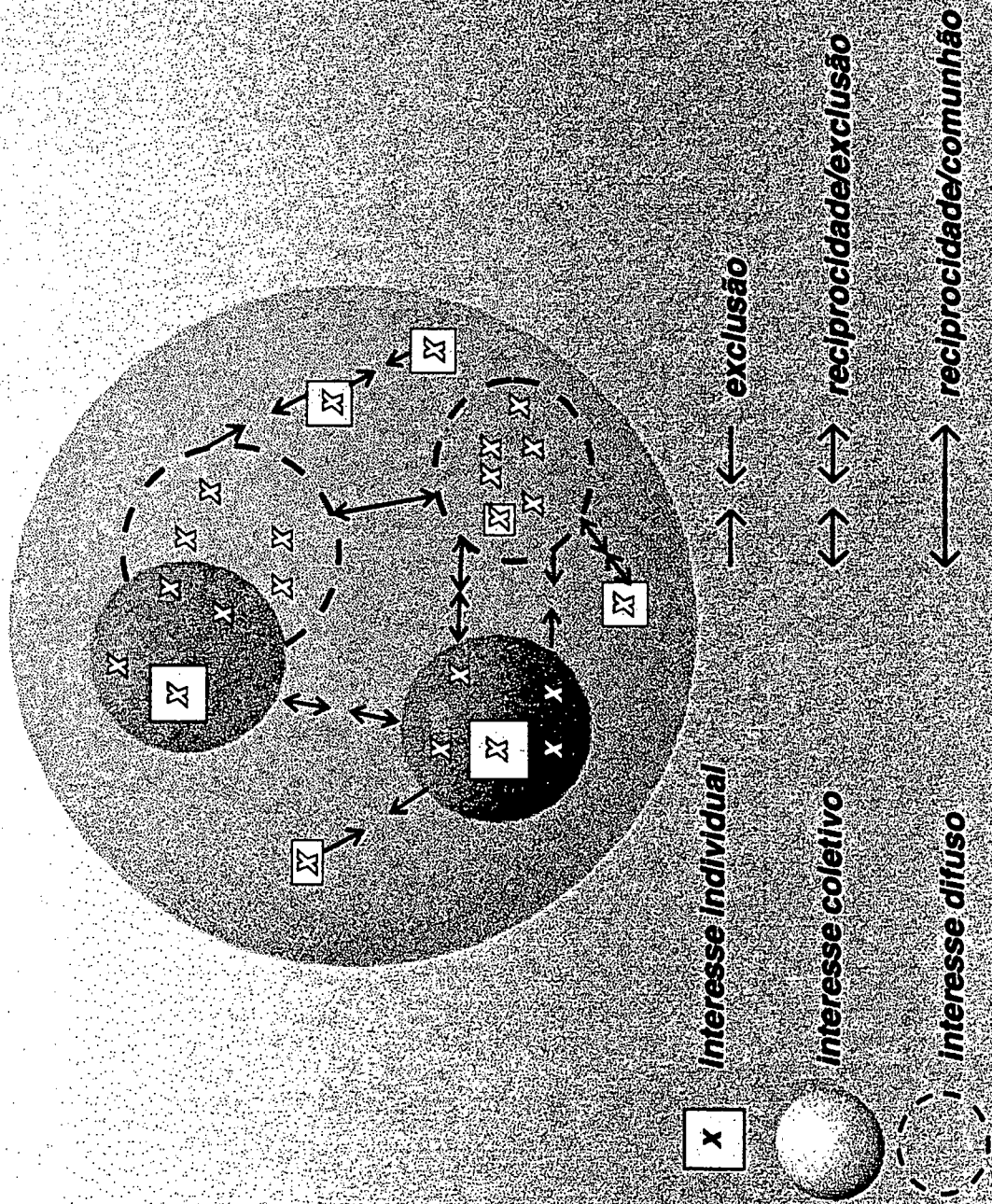
O que se percebe do descrito acima é que, mais do que uma seqüência evolutiva no sentido da despersonalização dos interesses, temos uma realidade jurídico-normativa que convive com tipos diversos de pretensões, muito embora tendamos a privilegiar as referentes aos interesses transindividuais, especialmente os difusos, em razão de sua importância fundamental no presente e para o futuro, como os que dizem respeito a questões tais como os relativos ao *ambiente* em sentido amplo.

É inafastável, contudo, que pensemos a realidade do Direito como uma convivência complexa entre interesses individuais, coletivos e difusos.

Tal situação pode ser assim representada:

⁷² Não estamos trabalhando, aqui, com os conceitos próprios à Teoria dos Sistemas em sua versão luhmanniana, apesar de referirmos o termo complexidade.

COMPLEXIDADE



Nesta complexidade, temos:

A. Com relação aos atores, temos a permanência de sujeitos individuais que, muitas vezes, compartilham outros interesses, compondo organismos sociais ligados a pretensões coletivas e outros mais fluidos respeitantes a interesses difusos.

Podem ocorrer, aqui, duas vinculações distintas. Por um lado, o caráter do indivíduo isolado pode *contaminar* as pretensões coletivas com o seu *egoísmo*; por outro, estas podem *educar* o sujeito e transformar os próprios interesses individuais;

B. Há uma confusão de situações diversas. Tem-se, ao mesmo tempo, situações de exclusão - interesses individuais -, de reciprocidade/exclusão - interesses coletivos - e de reciprocidade/comunhão, que caracterizam os interesses difusos. Há uma convivência que, dadas as suas distinções, não poderia deixar de ser turbulenta.

C. Por outro lado, convivem conflitos de natureza diversa - individuais, coletivos e difusos. Seus atores são distintos, suas implicações diferentes, seus mecanismos de resolução também. Além disso, o conteúdo dos mesmos diz respeito a situações envolvendo temas inéditos que impõem conhecimentos novos e abrangentes, exigindo posturas multidisciplinares.

Com isso, observa-se que a realidade envolvente do Direito implica na contemporaneidade de interesses muitas vezes contraditórios entre si e que exigem a tomada de posição frente a problemas estruturais que não se restringem a uma

operação simples de dizer quem tenha e quem não tenha a sua pretensão reconhecida pelo ordenamento jurídico, de estabelecer um ganhador e um perdedor - ganhadores e perdedores podem ser todos, o que faz desaparecer o sentido mesmo de ganhar e perder.

Esta multiplicidade pode ser exemplificada pelo direito de propriedade e sua função social. Aquele refere um interesse individual, enquanto pensado na sua pureza; esta, adjetivando-o, impõe a sua transcendência como interesse transindividual de natureza difusa, pois a quem pertence a *função social da propriedade*, parafraseando Cappelletti.

Nos casos da ordem jurídica brasileira ambos estão colocados lado-a-lado como garantias constitucionais e como princípios gerais da Ordem Econômica e Financeira.⁷³ Qual deles prevalece? São um único e novo direito reconhecido pela ordem jurídica? Como conjugá-los?⁷⁴

Este é apenas um exemplo referencial das questões que envolvem o Direito nos dias atuais.

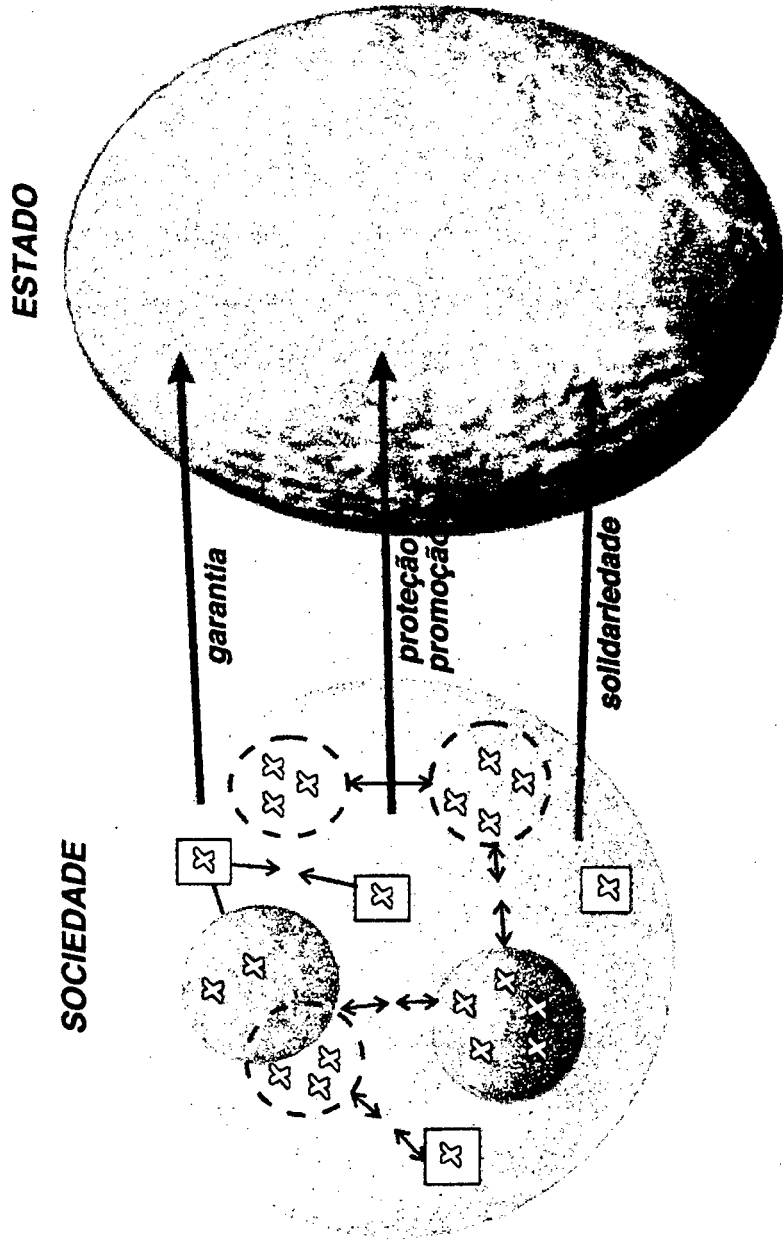
Diante desta convivência de pretensões - individuais e transindividuais - podemos apontar para um novo quadro que se configura relativamente às relações

⁷³ Vide art. 5º, XXII e XXIII; art. 170, II e III da CFB/88.

⁷⁴ O debate acerca de como solucionar as controvérsias surgidas neste âmbito está em aberto. Nele estão incluídos questionamentos acerca dos princípios constitucionais, da eficácia das normas programáticas, do conteúdo e extensão do Estado e dos Direitos Sociais, etc. Ver cap. IV, adiante.

que se estabelecem entre as diversas modalidades de interesses e seus vínculos com a ação estatal no campo do Direito - como visualizado abaixo.

COMPLEXIDADE - relações



O esboço acima refere os tipos de vinculações que atingem a ordem jurídica estatal impondo-lhe uma caracterização multifacetada onde convivem relações distintas e, mais do que isto, divergentes.

É assim que aparecem ao mesmo tempo pretensões de *garantia* próprias ao direito individual, de *proteção/promoção* adstritas aos interesses coletivos e de *solidariedade* que caracterizam os interesses difusos. Este compartilhar de um espaço comum - o da ordem jurídica estatal - dificulta qualquer tentativa de caracterização, pela inexistência mesmo de uma prevalência entre eles, de um determinado conteúdo normativo.

Evidencia-se, contudo, que a convivência desta tríade de possibilidades não se faz desconectada da elaboração de um substrato básico. Assim é que se pode apontar brevemente que as suas amarras estão ancoradas em territórios tais como a assunção da idéia de Estado Democrático de Direito, a elaboração de uma normatividade própria a novos interesses - meio-ambiente, consumidores, etc... - a incorporação de novos conteúdos para direitos tradicionais - veja-se o caso da saúde - incorporação de novos atores e sua legitimação processual - sindicatos, associações, etc... - a inclusão de mecanismos instrumentais para a perseguição judicial de interesses - "habeas-data", mandado de injunção, ação civil pública, etc... -, a abertura de possibilidades para novos métodos de resolução de conflitos - caso das alternativas pensadas no interior da chamada justiça consensual - o que permite visualizar um alargamento de fronteiras jurídicas na tentativa de abranger um sem-número de realidades novas que impõem ao Direito uma revisão de suas fronteiras.

Particularmente, a transcendência que adquire a noção de *qualidade de vida* que é justaposta a uma infinidade de situações jurídicas anteriormente pensadas desconectadas de tal pressuposto.

Malgrado esta convivência até certo ponto pacífica entre os diferentes tipos de relacionamentos que apontamos, e seus entrecruzamentos, é de se salientar que, no curso deste trabalho, vimos apontando no sentido de um, se não priorização, privilegiamento referentemente aos interesses transindividuais de natureza difusa. Tal postura se deve, em especial, à compreensão de que são estes interesses aqueles que qualificam a conflituosidade contemporânea, sem que isto signifique o alheamento relativamente às demais formas de litígios e seus conteúdos.

A opção aponta, isto sim, que tal privilegiamento é consequência de uma percepção de que são os interesses difusos aqueles que assumem tal transcendência em razão de refletirem o conteúdo dos problemas fundamentais dos dias atuais, particularmente todos aqueles que se refletem sobre a qualidade de vida das pessoas.

Fazer face aos mesmos se impõe como uma tarefa inafastável para o Direito, mesmo que isto implique em um rompimento com suas origens, tradições e conceitos clássicos.

É a isto que parecem apontar algumas normatividades produzidas nestas últimas décadas do século. Nelas podemos vislumbrar um tal referendado destas posturas, buscando fazer face à conflituosidade própria desta época.

O caso brasileiro, apesar de sua inoperância funcional, parece ser eficiente para tentarmos exemplificar o que ocorre nestes tempos.

A ordem jurídica pátria, particularmente na década de 1980, passou a contar com um conjunto significativo de instrumentos legais aptos a enfrentar os novos problemas, em especial com a promulgação da CFB/88. Ela representa, inequivocamente, a preocupação com os direitos de última geração. Evidentemente, não se pode esquecer o conjunto de legislações que se produziram anteriormente, cabendo mencionar a Lei 4717/65 (Ação Popular), Leis 7347/85 e 7913/89 (Ação Civil Pública), ou posteriormente, como é o caso da Lei 8078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

Assim, o seu estudo, mesmo sinteticamente, permite esboçar a prática que se aperfeiçoa frente à incidência dos interesses transindividuais.

Capítulo IV

OS ASPECTOS NORMATIVOS DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Si je ne sais guère ce qu'est le droit, en revanche je sais bien ce que serait une société sans droit. (G. Vedel)

4.1. Considerações Gerais

A transformação que se opera no mundo jurídico, como apontado acima nos capítulos anteriores - a partir da transformação do Estado Liberal, da interposição de um redirecionamento do Direito mesmo através das posturas ligadas à idéia de direito social e da emergência de interesses renovados ou inéditos em seu conteúdo e alargados em sua abrangência -, implica na indispensável necessidade de uma adequação da normatividade jurídica à esta nova onda¹ de litigiosidade, caracterizada pelos interesses transindividuais difusos, a qual conduz a uma outra problemática, vinculada a novos mecanismos para a solução dos litígios

¹ Utilizamos este termo no sentido dado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth em sua obra *Acesso à Justiça* Porto Alegre: S.A. Fabris, 1988, pp. 31 e ss. Estes autores apontam a ocorrência de três ondas na questão relativa ao acesso à justiça: a primeira diria respeito à prestação de assistência jurídica àqueles impossibilitados de auto-financiar sua atuação frente ao Judiciário; a segunda incorporaria o problema do acesso à justiça dos novos interesses transindividuais; a última, agregando as demais, *centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas*. Op.cit., pp. 67-68.

O que se percebe, assim, é que, frente a tamanha transformação tanto objetiva quanto subjetiva dos interesses, as estruturas jurídico-normativas são colocadas frente à inexorabilidade de verem-se adaptadas aos mesmos.

Neste quadro genérico de transformações, muitas delas abruptas, o Direito, como ordem jurídico-normativa do Estado, sofre também esta inflexão na medida em que, como mecanismo regulador de conflitos, não se apresenta como uma estrutura definitiva. Tanto seus limites materiais, quanto substanciais são, pode-se dizer, históricos, no sentido em que seus conteúdos acompanham inexoravelmente o desenvolvimento das relações sociais.

O caso específico dos Direitos Humanos é, neste sentido, paradigmático, como veremos abaixo.

A normatização de novos conteúdos, tais como os relacionados com os interesses transindividuais, sobremaneira quando se debate os nominados interesses difusos, aponta para uma inafastável revisão conteudística do Direito, principalmente quando introduzimos um referencial inovador para a ordem jurídica estatal, qual seja a idéia de solidariedade.

Por fim, a apreensão destes conteúdos irá se refletir na produção de mecanismos novos para assegurar a eficácia dos mesmos, tendo presente que, dadas as suas características, encontramos-nos diante da impossibilidade eficaz de utilizarmos os mecanismos tradicionais postos a disposição dos juristas. São, além de interesses novos, atores também inéditos que estão envolvidos na cena jurídica.

No tocante à resolução da conflituosidade que emerge deste quadro remodelado de relações e interesses, será preciso repensar a estrutura tradicional da "justiça", colocando-se como alternativa ao modelo conflitual uma proposta de alocação consensual de respostas às demandas.

Estas são algumas das implicações que estão postas para serem pensadas no interior do quadro que buscamos delinear nos capítulos precedentes.

4.2. As Gerações de Direitos

A transformação do Direito pode ser perfeitamente percebida se tomarmos como viés analítico paradigmático a questão relativa aos Direitos Humanos.

Para tanto, é preciso que se tenha, desde logo, a aceitação de que os direitos humanos como tais não formam um conjunto de regras cujo conteúdo possa ser adquirido e construído de uma vez por todas. Não são direitos elaborados a partir da compreensão do que seja uma dada "natureza" inerente à pessoa humana, como fora pensado em determinados momentos históricos - veja-se o caso de John Locke, para quem, com o desvelamento do conteúdo desta "natureza" seria viável a elaboração dos próprios direitos humanos².

O que se deve ter como assente, portanto, é o caráter fundamentalmente circunstancial, o que não significa necessariamente efêmero, destes. Em razão mesmo deste caráter de historicidade que deve ser posto sob evidência no trato dos direitos humanos observa-se a total inadequação da tentativa de se estabelecer qualquer sentido de absolutização na definição dos mesmos.

Tal assertiva pode ser corroborada inapelavelmente pela transformação que se percebe nos próprios direitos fundamentais desde a sua formulação mais festejada no transcurso do século XVIII.

Percebe-se neste percurso a transposição dos chamados direitos de primeira geração (direitos da liberdade), circunscritos às liberdades negativas como oposição à atuação estatal, para os de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos), vinculados à positividade da ação estatal e preocupados com a questão da igualdade, aparecem como pretensão a uma atuação corretiva por parte dos Estados e, posteriormente, os de terceira geração que se afastam consideravelmente dos anteriores por incorporarem, agora sim, um conteúdo de universalidade não como projeção mas como compactuação, comunhão, como direitos de solidariedade, vinculados ao desenvolvimento, à paz internacional, ao meio-ambiente saudável, à comunicação.

Fala-se, já, de uma quarta geração de direitos que incorporariam novas realidades, tais como aquelas afetas às conseqüências, e.g., da pesquisa genética.

² No caso de LOCKE, o que se percebe é que a "natureza" humana à qual estão vinculados os direitos humanos é aquela própria de um determinado segmento da sociedade, qual seja a burguesia.

Tal "evolução" na construção dos direitos humanos não deixa dúvida quanto ao seu caráter de historicidade. Como diz N. Bobbio,

...os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem - (...) - ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências...³.

Por outro lado, é preciso que, para além da aceitação desse aspecto mutante imposto aos ditos direitos inalienáveis, agregue-se ao nosso estudo a perspectiva de que a transformação histórica não significou apenas a incorporação de outros direitos aos já consagrados.

A inovação repercutiu também, profundamente, em um aspecto que poderíamos nominar temporariamente de *abrangência*. Senão vejamos: embora sempre presente a universalidade, os direitos humanos foram primeiramente aqueles pertencentes a certas parcelas da humanidade mas, mais do que isto, representavam acima de tudo direitos individuais, ou seja, direitos incorporados ao patrimônio singular de cada indivíduo, malgrado o acesso possível de todos.

A construção de novos direitos humanos, frutos de uma sociedade que se expandia economicamente e que produzia novos carecimentos, distintos dos

³ Ver do autor: *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 6

anteriores, implicou na elaboração de direitos que não mais seriam apropriáveis individualmente mas, cuja dimensão se espraiaria para agrupamentos inteiros de indivíduos que se reúnem sob determinada situação que lhes é comum - os direitos de segunda e terceira gerações referem a idéia de um compartilhamento de situações.

Quando adentramos nos chamados direitos humanos de terceira geração, particularmente, somos tomados pela percepção de que estamos diante, efetivamente, de uma nova realidade para os direitos fundamentais que, neste momento, se apresentam como detentores de uma *universalidade comunitária* no sentido de que o seu objeto diz respeito a pretensões que atingem inevitavelmente a comunidade humana como um todo.

Não se trata mais de fazer frente ao arbítrio do Estado relativamente a determinados indivíduos, nem mesmo de demandar a solução/garantia de certas pretensões/benefícios a grupos determinados de pessoas. Trata-se, isto sim, de fomentar o caráter solidário do homem, fazendo-o compreender uma espécie de destino comum que o prende aos demais. A violação não se estabelece mais na relação do indivíduo com o Estado, sequer a pretensão se dirige a um Estado. Ambas refletem como que uma co-responsabilidade pela qualidade e continuidade da vida humana. A garantia ou a violação afetam a todos inexoravelmente.

São os direitos fundamentais - direitos humanos - que são aprofundados e agregam novos valores. Os de primeira geração, como *direitos de liberdade* - civis e políticos -, correspondem a uma primeira fase do constitucionalismo do ocidente e referem uma titularidade individual, uma oponibilidade ao Estado como

possibilidade de resistência, apresentando-se como faculdades ou atributos da subjetividade. Caracterizam-se, portanto, pelo seu caráter negativo, refletindo a separação do Estado/Sociedade Civil.

Já os de segunda geração afluem no século XX como *direitos sociais, culturais e econômicos*. São direitos próprios de coletividades e se ligam ao princípio da igualdade. Têm o caráter de exigência de determinadas prestações por parte do Estado e estão próximos à construção do que apontamos como Estado do Bem Estar Social.

Para além destes, emergem os direitos humanos de terceira geração que, sem negar os anteriores, incluem na agenda jurídico-política o princípio da fraternidade. São os *direitos humanos de solidariedade* que não buscam a garantia ou segurança individual contra determinados atos, sequer a garantia e segurança coletiva positiva própria dos de segunda geração, mas, indo além, têm como destinatário o próprio gênero humano. São direitos que refletem as potencialidades construtiva e destrutiva, ao mesmo tempo, de nosso desenvolvimento. Emergem da compreensão da necessária preservação ambiental como garantia de sobrevivência, da busca da paz, da manutenção do patrimônio comum da humanidade, da compreensão do direito ao desenvolvimento, etc.

Como se vê, há uma realidade mutante nos direitos humanos que implica na passagem das *liberdades* para os *poderes* e, por ora, para *solidariedades*, sem que isto signifique que a emergência de uma nova geração imponha o

desaparecimento, ou mesmo o enfraquecimento, da anterior. Cada uma delas dirige-se para circunstâncias que lhes são próprias.⁴

Esta digressão, todavia, é instrumental para que pensemos especificamente a respeito do caráter eficaz de tais direitos.

A passagem dos direitos humanos à categoria de direitos universais e positivos pode ser identificada com a Declaração Universal de 1948 quando, então, seus princípios irradiam-se para todos os homens e principia-se a construção de um arcabouço jurídico capaz de viabilizar o asseguramento dos mesmos diante de sua violação, no sentido de que, neste caso, tenha-se a possibilidade não apenas de resistir mas de buscar sua proteção jurídica. E é esta, finalmente, a parte mais difícil a realizar.

Para Bobbio, há duas dificuldades atuando contra este objetivo assecuratório/protetivo dos direitos fundamentais.⁵ Por um lado, tem-se uma dificuldade de ordem jurídico-política vinculada à natureza da comunidade internacional, às relações inter-estatais, ou entre Estado e comunidade internacional como um todo. Resumidamente, o que salienta o autor diz respeito à distinção que se estabelece entre os mecanismos próprios à ordem jurídica nacional e aqueles da

⁴ Não vamos discutir, aqui, o caráter antinômico que podem assumir as gerações entre si. Para tal debate veja-se o texto de N. BOBBIO, *Sobre os Fundamentos dos Direitos do Homem*, incluso em *A Era dos Direitos*, pp. 15-24.

⁵ Veja-se, na obra mencionada, *Presente e Futuro dos Direitos do Homem*, em especial p. 37 e ss.

comunidade internacional. A primeira assenta-se no *poder*, enquanto a última reduz-se à capacidade de *influência*, o que a impede de fazer cumprir suas decisões.

Assim, muito embora os organismos internacionais disponham de três linhas distintas de atuação - *promoção, controle, garantia* - restam cingidos aos dois primeiros, através da indução à incorporação ou aperfeiçoamento de um conjunto destes direitos ou, ainda, pela elaboração e/ou divulgação de relatórios e comunicados. Na trilha da *garantia* o caminho resta em aberto, pois o estabelecimento de uma tutela internacional substitutiva da nacional permanece latente apesar de alguns exemplos localizados - em especial o da União Européia - U.E..

No que se refere às dificuldades de conteúdo, aponta N. Bobbio, aquelas que dizem respeito a uma pretensão de absolutização dos direitos humanos como valores válidos indistintamente, o que se choca com a concorrência que se estabelece entre os direitos de gerações distintas, bem como à sua homogeneização no sentido de que, se temos liberdades e poderes, é inevitável que tenhamos incompatibilidade entre eles.

Para além, ainda teríamos dificuldades que poderíamos chamar *práticas*, quando percebemos que, para a realização dos direitos fundamentais, em especial os de segunda e terceira gerações, são necessárias condições objetivas, estruturais, muito freqüentemente ligadas às condições econômicas dos Estados.

Diante de tal quadro, é inafastável que se pense, particularmente, nas aproximações que se pode estabelecer entre o caráter próprio dos direitos humanos de terceira geração - bem como os de quarta geração -, os quais se constroem como direitos que conduzem à percepção de que não podem estar adstritos a uma postura limitativa de proteção a direitos individuais e, mesmo, coletivos.

São, os direitos humanos de terceira geração aqueles que ultrapassam em seus limites subjetivos a figura de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado. Aprofundam, como já salientado, o seu conteúdo genérico, tendo como destinatário direto e indireto o gênero humano. O seu asseguramento ou a sua violação atingem inarredavelmente este conjunto indeterminado de indivíduos.

Caracterizam-se a partir da percepção dos problemas ligados ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, etc. Englobam, portanto, o direito ao desenvolvimento (sustentado) - conjugando pretensões ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada - à paz, etc...

São, como se vê, direitos complexos que não se sustentam sobre uma base única, mas envolvem um conjunto de bens e benefícios inerentes à sua concreção.

Esta abertura imposta nesta seqüência de gerações implica em uma nova universalidade dos direitos fundamentais, a qual

...não exclue os direitos da liberdade, mas primeiro os fortalece com as expectativas e os pressupostos de melhor concretizá-los mediante a efetiva adoção dos direitos da igualdade e da fraternidade.⁶

Assim, percebe-se que:

A nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos da triplice geração na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele País, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela sua condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.⁷

Diante disso, parece-nos indubitável a proximidade que se estabelece ao falar-se em interesses transindividuais, em especial, os difusos e em direitos humanos de terceira geração, particularmente - o que não significa ou impede a projeção do caráter destes sobre os de gerações anteriores, muitas vezes alterando-lhes substancialmente o conteúdo. Aqueles apontam para o espraiamento subjetivo dos interesses, enquanto estes objetivam em seus conteúdos o disciplinamento de temas

⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 524.

⁷ id. *ibid.*, p. 525

próprios a este pertencimento universal. Há uma congruência efetiva entre ambos. Há uma difusidade que é imanente aos direitos fundamentais de terceira geração.

O apontamento de tal atrelamento leva ao entendimento do caráter que é comum a ambos: a solidariedade. Ou seja: quando se fala em interesses difusos, tem-se como substrato inerente a este tipo de interesse o seu caráter comunitário, assim como, quando se pensa a temática dos direitos humanos sob o influxo dos de terceira geração, tem-se como ponto de apoio, também, este compartilhar de destinos, situações, interesses.

Ora, assim, ambos trazem em seu conteúdo a inevitabilidade da comunhão de destinos, o que, por sua vez, impõe a solidarização dos indivíduos naquilo que será inevitavelmente benefícios ou prejuízos para um e todos, para todos e para nenhum.

O Direito e as ordens jurídicas estatais não restaram imunes. A ele - e a estas - é dado representar juridicamente tais aspirações.

4.3.A Constitucionalidade dos Interesses Transindividuais

Para representar este conjunto de afirmações podemos propor uma revisão acerca de como se organiza a ordem jurídica brasileira na tentativa de visualizar eventuais aspectos característicos do que vimos enfatizando.

Para isto tomamos como paradigma a regulação constitucional produzida a partir da entrada em vigor da Carta Constitucional de 05 de Outubro de 1988.

Nela, pode-se adiantar, estão presentes os conteúdos próprios ao estudo de uma normatividade que poderíamos chamar *convivencial*, na qual estão elencados e reproduzidas as situações até aqui figuradas, em especial quando privilegiamos a regulação relativa aos interesses transindividuais.

Mas, onde nos encontramos? Qual o nosso referencial normativo?

Deixando de lado cruciais problemas materiais - financiamento, infraestrutura, etc. - próprios do Estado Brasileiro, que muito bem poderiam ser contrapostos, mas que não desqualificam as potencialidades de nossa postura, queremos apontar alguns marcos normativos que nos permitem perceber como poderia ser pensado o Brasil nos dias que correm, tomando-se como paradigma fundamental a normatividade constitucional proposta pela Constituição Federal Brasileira de 05 de outubro de 1988, o que, para aqueles que pretendemos nomear-

nos juristas, não é algo de estranhável, afinal a ordem jurídica deve derivar do que na Carta está disposto.

Neste documento normativo básico - Constituição Federal Brasileira/88 - encontramos estampadas regras que apontam na direção de alguns dos conteúdos relacionados aos Interesses Transindividuais, tais como: (grifos nossos)

Preâmbulo

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um *Estado Democrático*, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.**

1.Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em *Estado Democrático de Direito* tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político

Parágrafo único: Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou *diretamente*, nos termos desta Constituição.

2.Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - *construir uma sociedade livre, justa e solidária;*

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

3.Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

VI - é inviolável a liberdade de consciência e crença...;

XV - é livre a locomoção...;

XVII - é plena a liberdade de associação...;

XXII - *é garantido o direito de propriedade;*

XXIII - *a propriedade atenderá a sua função social;*

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a *defesa do consumidor;*

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário *lesão ou ameaça a direito*;

LXX - o mandado de segurança coletivo poderá ser impetrado por :

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor *ação popular* que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, *ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

4.Art. 6º São *direitos sociais* a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

5.Art. 20 São bens da União:

II - as terras devolutas indispensáveis à defesa das fronteiras, das fortificações e construções militares, das vias federais de comunicação e à *preservação ambiental*, definidas em lei;

6.Art. 23 É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;

7.Art. 24 Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

V - produção e consumo;

VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

8.Art. 30 Compete aos Municípios:

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

9.Art. 129 São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

10.Art. 170 *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:*

II - propriedade privada;

III - *função social da propriedade;*

V - *defesa do consumidor;*

VI - *defesa do meio ambiente*

11.Art. 174, § 3º O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a *proteção do meio ambiente* e a promoção econômico-social dos garimpeiros.

12.Art. 182 A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno

desenvolvimento das *funções sociais da cidade* e garantir o bem estar de seus habitantes.

13.Art. 184 Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o *imóvel rural que não esteja cumprindo a sua função social*, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

14.Art. 193 A *ordem social* tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

15.Art. 196 A *saúde* é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

16.Art. 225 *Todos* têm direito ao *meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida*, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 2º Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a

sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Este recorte tem como objetivos, por um lado, apontar alguns dispositivos constitucionais paradigmáticos para os limites deste trabalho e, por outro, permitir-nos repropor o debate acerca da configuração de nossa realidade legal, apontando para a necessidade de vermos tanto os novos interesses, quanto aqueles renovados como inseridos em um contexto amplo proposto pela normatividade constitucional

Do exposto, pode-se observar, de início, a inclusão do Brasil como um Estado Democrático de Direito(art. 1º). Ora, isto não é sem conseqüências. Tal opção do legislador constituinte impõe ao País um conjunto determinado de características próprias ao mesmo.

Neste sentido, como evidenciamos acima, somos, desde 1988, constitucionalmente, um Estado no qual ele mesmo, tanto quanto seu Direito, estão qualificados pela democracia. Isto repercute em todo o restante conjunto político-jurídico-institucional que temos. Há como que uma definição antecipada do conteúdo da normatividade brasileira diante de tal opção assumida.

O Brasil, em sua definição normativa, como Estado do Bem-Estar Social, afinal compromete-se com o *bem-estar* e a *igualdade* - cfe. diz o Preâmbulo da CFB/88, art. 3º, IV e art. 193 - apresentando-se, assim, juridicamente vinculado ao estabelecimento de uma sociedade comprometida com os princípios próprios aos

mesmos. Como diz o brocado jurídico, se não há palavras supérfluas na lei é, portanto, imprescindível que se leve em consideração tudo aquilo que ela expressa.

Deve-se ressaltar, também, como resta evidente das regras acima relacionadas, a convivência de "momentos" distintos das transformações que antes mencionamos. Assim é que, na busca da construção da igualdade material(art. 1º, II e III, art. 3º, I, III - a normatização da *dignidade da pessoa humana* se faz por primeira vez - e IV), temos como pressuposto a manutenção da igualdade formal(art. 5º); os direitos humanos de gerações diversas convivem - um exemplo especial é dado pelos incisos XXII e XXIII do art. 5º, ou o inciso XXXII do mesmo artigo. O próprio desenvolvimento urbano fica vinculado ao cumprimento das funções sociais da cidade e à garantia do bem-estar dos habitantes(art. 182). A ordem social reforça ainda mais tal posição, veja-se, por ex., o art. 193.

Em especial, deve-se ter presente que, tanto a cidadania quanto a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa se colocam como *vetores* da ordem jurídica pátria, indicando o reforço do *status civitatis* e a convivência entre interesses individuais e coletivos.⁸

Enquanto a antiga ordem constitucional autoritária - Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional nº. 1 de 1969 - apesar da indicação de direitos outros que não os individuais - vide artigos 160, 165, 176,⁹ etc. - permaneceu

⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Direitos Difusos e Coletivos*. São Paulo: RT, 1989. pp. 23 e ss.

⁹ Ver Constituição Federal de 1967/69:

Art. 160 - A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

1 - liberdade de iniciativa:

apegada ao garantismo individual clássico e à separação estanque entre público e privado, o constitucionalismo pós-1988 sofre o influxo do processo de redemocratização e se abre aos novos conteúdos, onde o caráter transindividual é marcante. A própria topografia constitucional reafirma tal postura, colocando sob a mesma rubrica os direitos e deveres individuais e coletivos, contrapondo garantismo individual e transindividual.

O garantismo da propriedade privada (arts. 5º, XXII; 170, II) bastião intransponível do modelo liberal-capitalista, não resta incólume. O asseguramento deste tradicional e característico direito individual sofre o influxo de um típico interesse transindividual difuso, qual seja a função social (arts. 5º, XXIII; 170, III). Não há, portanto, que se falar em propriedade apenas como um direito individual formalizado cartorialmente através do registro imobiliário. A propriedade passa a ser qualificada por sua função. Para ser proprietário não basta ser titular exclusivo da posse de um bem, representada por um título formal, mas é preciso completá-lo com a observância de um interesse titularizado por todos e por ninguém, ou seja um interesse transindividual difuso.

Este parece ser, dentre os direitos tradicionais, aquele que mais facilmente explicita a convivência entre individual e transindividual que caracteriza a Constituição Federal Brasileira de 1988.

III - função social da propriedade:

Art. 165 - A Constituição assegura aos trabalhadores os seguintes direitos, além de outros que, nos termos da lei, visem à melhoria de sua condição social:

1 - salário mínimo...;

XIV - reconhecimento das convenções coletivas de trabalho;

Art. 176 - A educação,...., é direito de todos e dever do Estado,...

Ao lado dele, entretanto, um grande número de situações reforça esta evidência. Muitas destas estão ligadas intimamente àquele que é, sem dúvida alguma, o mais expressivo dos interesses transindividuais difusos: o meio ambiente e sua proteção.

É recorrente a limitação ambiental imposta ou vinculada a um sem-número de regras constitucionais. Veja-se, por exemplo, os casos expostos sob os artigos 20, II; 23, III; 24; 129, III e particularmente o próprio capítulo referente ao meio ambiente e seu artigo 225 impondo, inclusive, medidas penais a pessoas jurídicas.

É sintomática a relevância assumida pelos interesses transindividuais o que, de certa forma, caracteriza diferenciadamente o Estado Democrático de Direito. A convivência que se estabelece entre interesses individuais clássicos e interesses transindividuais, sejam coletivos ou difusos - caso dos direitos sociais tradicionais ou revisados (a saúde, ou o direito à ela, servirá, a seguir, como exemplificador destas transformações), dos interesses dos consumidores, do meio ambiente, da propriedade com sua função social, etc... - referenda a inédita realidade normativa que vivemos.

Todavia, por evidente que pareça tal postura, restam, ainda, em suspense as possibilidades de sua efetividade. A doutrina jurídica discute acaloradamente acerca da viabilidade eficaz das normas produtoras de tais conteúdos. Para não adentrarmos em tal disputa, queremos apenas apontar para a impossibilidade, mesmo que se negue as potencialidades conformadoras de tais preceitos, de eximir-nos de acatar o enquadramento atribuído pelo legislador constituinte à República

Federativa do Brasil. Ela é um Estado Democrático de Direito e como tal deve se organizar e funcionar.¹⁰

Por outro lado, diga-se, a vinculação imposta por tais normas, embora muitas vezes esbarrem nas dificuldades econômico-fiscais, é real, o que significa dizer que estamos, todos, sujeitos à sua imperatividade como normas superiores do ordenamento jurídico. Ao legislador, em especial, cabe observá-las na elaboração da normatividade infra-constitucional - legislação ordinária; ao cidadão cabe pretendê-las ver cumpridas, utilizando-se dos mecanismos processuais previstos - inclusive mandado de injunção e ação de inconstitucionalidade por omissão; ao Judiciário cabe considerá-las como, no mínimo, diretrizes fundamentais de seus julgamentos, funcionando, assim, como parâmetros de legalidade e legitimidade.

A eficácia mínima de tais definições impõe que não se atue no sentido contrário às suas determinações (eficácia negativa), estabelecendo limitações à atuação dos atores públicos ou privados, além de imporem certos comportamentos conformes às mesmas - eficácia positiva.

Pode-se dizer, com Jose Afonso da Silva¹¹, que as tais *normas*, em regra apresentadas como *programáticas* podem ser vistas como:

¹⁰ Ver cap. I, 1.3.1.2.

¹¹ Ver a respeito: SILVA, Jose Afonso da. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais sobre Direitos Sociais*. 26 p. (mimeo)

A. *princípios gerais de toda a ordem jurídica*, projetando-se para além de suas matérias específicas, revelando as características do regime político e servindo de orientação axiológica para a compreensão do sistema jurídico e, assim, têm o que se chama *eficácia interpretativa* vinculadora da atividade jurisdicional;

B. como *standars* a seguir, vinculando a atuação legislativa ordinária e a atuação executiva, além da prática do poder judiciário.

Todo este conjunto permite-nos ver a CFB/88, conforme este autor, como uma *constituição dirigente*, enquanto *define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática*, com características de uma *constituição programática*, o que dá grande importância para o debate acerca do seu conteúdo e, em especial, de sua aplicabilidade e eficácia, já que é freqüente a tentativa de desqualificação das conquistas sociais, taxando-as de meros programas de ação que não vinculariam juridicamente a prática social em sentido amplo.

Pode-se falar, ainda, em relação aos *princípios constitucionais*, em:

A. princípios jurídicos fundamentais e;

B. princípios políticos constitucionalmente conformadores, que explicitam os valores políticos fundamentais do constituinte.

Ambos são expressos através de normas gerais que são precisadas pelo legislador, individualizando-as. Nestes últimos estão enquadrados os enunciados das

ordens econômica e social, o que permite vê-las como definidoras dos objetivos e determinações dos programas a serem cumpridos pelo Estado e, assim, são direito vigente e aplicável, como afirma Jose Afonso da Silva.

Disso pode-se compreender que, seja como princípios, seja como normas programáticas, as disposições relativas aos direitos fundamentais têm caráter preceptivo, aparecendo como *imposições constitucionais* das quais originam-se pretensões que permitem sua invocação em caso de omissão do legislador. É fundamental a transformação que se opera aqui, passando-se de uma *pretensão de omissão* a uma *proibição de omissão*.

Assim, pode-se perceber os direitos sociais como *direitos fundamentais do homem-social*, constituindo-se em mecanismo efetivo para tornar eficazes as pretensões neles expressas, caracterizando-se como direitos tuteláveis mesmo que não sejam estabelecidas as condições materiais e institucionais à sua fruição.

Como diz Aurélio Wander Bastos:

A Constituição brasileira permitiu que os direitos subjetivos coletivos ou difusos não apenas fossem conceituados e tipificados, mas, principalmente, resguardou a sua proteção processual, numa postura significativamente inovadora, ampliando o espaço de atuação do Poder Judiciário, e viabilizando a construção de um estado moderno aberto à

*discussão e a avaliação institucional de conflitos de natureza complexa.*¹²

4.4.A Atualidade dos Direitos Sociais

A institucionalização dos direitos sociais próprios ao Estado do Bem-Estar Social, oriunda do final do século XIX e agigantada durante o século em curso, significou a incorporação pelo Direito de conteúdos novos e, mais do que isto, de regras constituídas para angariar pretensões diversas daquelas já tradicionalmente identificadas com a ordem jurídica.

São os direitos próprios do homem-trabalhador que embutem originariamente na ordem normativa pretensões transindividuais que buscam solução jurídica. Na seqüência, são novos fatos, produtos de uma sociedade em constante transformação, que requerem um tratamento pelo Direito.

Tais situações produzem uma transformação radical no quotidiano dos operadores jurídicos, exigindo-lhes novos conhecimentos e requerendo um repensar da ordem jurídica para que a incorporação destas novidades não signifique apenas um mecanismo eficiente para a neutralização das demandas.

¹² Ver, do autor, *Constituição e Proteção dos Direitos Coletivos no Brasil*, in CUNHA, Sergio Sérulo da. *Revisão Constitucional*. Porto Alegre: SAFE, 1993. p. 18.

4.4.1.A Questão da Qualidade de Vida

Uma das novidades que passam a fazer parte deste quotidiano e que acompanha constantemente a criação e recriação destes direitos sociais - presentes aqui como produtos da ordem jurídica estatal e não de uma ordem alternativa à do Estado - é a incorporação de um novo conceito que passa a compor o conteúdo de um conjunto significativo de interesses que estão presentes nas ordens jurídicas contemporâneas, em especial quando falamos em interesses transindividuais, qual seja a *qualidade de vida*.

É fundamental que tenhamos presente os limites nos quais se situa tal conceito - do qual já vimos falando ao longo deste trabalho -, o que permitirá afastá-lo de vinculações tradicionalmente apontadas.

Neste sentido, é preciso que se construa o seu conteúdo desvinculado daqueles significados que se formaram ao longo do tempo.

Em primeiro lugar deve-se ter presente que *qualidade de vida*, contemporaneamente, não implica no simples afastar os perigos provocados pelo próprio homem/inimigo, pela natureza ou pelos deuses.

Em uma visão simplista da vida como rotina, ter qualidade significava apenas estar em condições de desfrutar desta rotina sem percalços.

A transformação da sociedade, em especial pela transformação das relações de produção impostas pelo desenvolvimento tecnológico, com a introdução da máquina e de uma nova lógica de organização do tempo¹³, impôs um alargamento deste conceito, incorporando, posteriormente, os "benefícios" da vida urbana. Ou seja, ter qualidade de vida passou a significar a possibilidade de desfrutar dos mecanismos criados pelo próprio homem e que substituíam-no na prática de tarefas árduas ou penosas. Isto nos idos dos séculos XVIII e XIX.

Já no século XX, a idéia de qualidade de vida passa a incorporar a possibilidade de consumo constante das novidades tecnológicas postas a disposição no mercado mundial. A concepção de consumo se aprofunda apontando para o comércio massivo de bens. A disposição - posse - de utensílios passa a incorporar os parâmetros de medição do nível de qualidade de vida das pessoas e dos povos. A maximização deste ideal faz com que esta passe a ser medida não mais pela utilização de determinados bens, senão que pela sua simples detenção, particularmente daqueles que refletem sua modernidade.

Do consumo pela utilização passa-se ao consumo pelo consumo mesmo, ou seja a representação social de disposição de determinados instrumentos, máquinas.

Todavia, o aprofundamento continuado deste projeto implicou na emergência de dois empecilhos que lhe são como que inerentes. Por um lado, o

¹³ Ver do autor desta tese dissertação de mestrado intitulada *Trabalho, Tempo e Democracia: problemas e perspectivas da sociedade do trabalho*, passim.

desenvolvimento continuado e por vezes desordenado do processo produtivo impôs ao planeta um custo elevado, senão irreversível, sob o aspecto ambiental, com a degradação quase completa de mananciais ambientais fundamentais para a manutenção do processo vital da sociedade humana. De outro, a universalização do "ideal" consumista foi obstaculizada pela compreensão a que se chega, inclusive como consequência do apontado acima, de que a mesma é impossível de ser concretizada. Qualidade de vida como consumo, ou acesso a ele, do novo por todos resta uma utopia inalcançável, mesmo por suas implicações bio-sociais.

Não só os limites de crescimento impõem um refreamento nestas pretensões, senão que os próprios resultados a que se chegou com o desenvolvimento técnico, apontam para a impossibilidade de se concretizar a equação qualidade de vida =(igual a) consumo de bens.

Em consequência desta realidade, diversos objetivos emblemáticos da utopia estão sendo quebrados: o crescimento econômico ficou limitado, a igualdade se afastou, o socialismo ruiu, a liberdade ficou ameaçada pelo risco do poder de indivíduos para ameaçar a própria civilização, o internacionalismo ficou submergido nas lutas nacionalistas e nas dimensões do processo migratório. Em compensação, surgem surpreendentes novas bandeiras de luta, inimagináveis até poucos anos atrás, como o ecologismo, o crescimento zero, os direitos à opção sexual, e o feminismo ganha dimensões imprevisíveis.¹⁴

¹⁴ BUARQUE, Cristóvam. *Qualidade de Vida: a modernização da utopia*. Revista Lua Nova. n. 31. São Paulo: CEDEC, 1993. p. 159.

Tal compreensão incorpora, ainda, o sentimento de que ao lado do desenvolvimento técnico que permitiria a liberação do esforço humano, tem-se o aprofundamento das desigualdades e das potencialidades destrutivas - fome, violência, ignorância, etc. - bem como a integração cultural em escala mundial não significou a incorporação social da humanidade, ao contrário se aprofundaram nacionalismos, políticas segregacionistas, etc...

Parece que este quadro aponta para a inevitabilidade da aceitação de que as limitações sócio-naturais impelem a uma reformulação dos projetos desenvolvimentistas da humanidade, implicando na absorção de tais limites na construção de novos mecanismos regulatórios das relações humanas.

Como diz Cristóvam Buarque:

A qualidade de vida deve incorporar a igualdade como meta, mudando os produtos; ou manter os produtos e não sentir preocupações com a igualdade. A opção é entre a mesma qualidade de vida, com apartheid; ou nova qualidade de vida, que elimine o apartheid.¹⁵

Com isso, a questão da qualidade de vida passa a ser definida levando-se em consideração valores substanciais que a qualifiquem a partir de determinados

¹⁵ id. ibid., p. 160.

padrões que funcionam como pré-requisitos para o seu próprio asseguramento e desfrute. Não nos importa aqui apontar ou propor quais poderiam ser tais pressupostos, todavia é inafastável a aceitação de que a idéia de qualidade de vida vai além das pretensões de consumo e que, mesmo estas, sofrem influxos de valores outros que permitem construir o seu conteúdo. Entre estes estariam:

A. a democracia, como condição inafastável para a participação dos indivíduos;

B. a igualdade, como corolário da desmontagem das estruturas de exclusão social impostas a camadas inteiras das sociedades, o que implicaria na garantia de padrões mínimos de alimentação, saúde, educação, moradia, higiene, etc.;

C. o respeito ecológico, como pressuposto de garantia à continuidade e preservação da biodiversidade;

D. o desenvolvimento tecnológico como condição para a produção de instrumentos aptos a permitirem, inclusive, a liberação do homem dos males que o afligem, bem como proporcionar-lhe benefícios, mas subordinado aos aspectos anteriores - desenvolvimento sustentável.

Dessa forma pode-se repensar a idéia de qualidade de vida sem, contudo, afastar-se totalmente das prerrogativas apontadas já desde há muito. Entretanto, este conceito renovado está atrelado, inevitavelmente, à percepção de que há um caráter

comunitário e solidário que interfere nos objetivos tradicionalmente atrelados à idéia de qualidade de vida e que refletem um conjunto de pretensões próximas de uma visão individualista da realidade.

Com esta formulação o conceito de qualidade de vida está aproximado da construção dos interesses transindividuais na medida em que refere um caráter compartilhado dos benefícios e prejuízos, bem como dos compromissos.

Isto se reflete indubitavelmente na elaboração e interpretação de uma legislação que reflita a recomposição deste conceito.

Tal pode ser vislumbrado nos artigos 170, 174, 182 e 225 da Constituição Federal Brasileira de 1988, reproduzidos acima, onde a idéia de qualidade de vida, explícita ou implicitamente, está referida. Neste contexto, esta alocação não pode ser pensada senão nos moldes acima expostos, sob pena de descaracterizá-la como portadora de um novo conteúdo, no qual está implícita a projeção transindividual que a mesma adquire e é projetada pelos direitos novos ou renovados, como apontaremos abaixo.

4.4.2. Novos Direitos e Direitos Renovados

A exemplificação deste contexto geralmente é tarefa resolvida a partir de alguns dos mais típicos destes interesses, o meio ambiente e o consumo. Problemas, ambos, característicos da sociedade industrial de massas, a sua juridicização implicou em uma revisão fundamental de conceitos jurídicos tradicionais, como já salientado.

Deve-se ter presente que ambiente contemporaneamente não pode ser entendido em um sentido restritivo, apenas como habitat natural de espécies, mas como um emaranhado multiforme e múltiplo de seres animados e inanimados, objetos culturais acrescidos pelo homem ao espaço sócio-natural, tais como: a arquitetura, os lugares históricos, centros culturais - ou seja, o ambiente natural somado ao ambiente artificial que compõe o patrimônio cultural da humanidade em sentido amplo.

Destas duas matérias, centrais relativamente aos interesses transindividuais, vimos apontando, repetidamente, nas páginas antecedentes, o papel que desempenham na construção e elaboração destes novos interesses situados sob a rubrica de interesses transindividuais difusos, constituindo, juntamente com a idéia de função social - da propriedade e da cidade (arts. 170, III e 182 CFB) - o cerne dos mesmos.

Todavia, as transformações que se operam não se restringem a estes novos campos, implicando em uma revisão conceitual de direitos já clássicos. Neste passo, apontamos para um deles, que nos parece elucidativo: a *saúde*.

Tal não significa a exclusão de outros, apenas que a argumentação adaptada pode se repetir face a outras problematizações paralelas.

4.4.3.A Saúde como Qualidade de Vida

A par destas indicações é possível refletirmos a questão saúde tomando como referencial a postura que a doutrina jurídica, ou uma parte dela, propõe para os aspectos já salientados. Neste sentido devemos considerar genericamente a saúde como um direito social próprio ao Estado do Bem-Estar Social, além de propô-la como inserida no novo âmbito dos direitos humanos de terceira geração, ou seja, como vinculada ao caráter de solidariedade, que os identifica.¹⁶ Convém, todavia, explicitar tal postura.

Uma trajetória pode ser apresentada para o trato deste tema.

¹⁶ Ver acerca do tema, no tocante à organização legal brasileira: DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: Hucitec. 1995.

Em primeiro lugar poderíamos pensar a saúde dentro dos padrões do individualismo liberal quando, então, se caracterizaria como a liberdade de procura dos serviços médicos liberais ou particulares a partir do paradigma da liberdade de contrato vigente neste ideário. A procura e a oferta estariam atreladas ao mercado e, o acesso aos serviços às possibilidades individuais. Além disso, podemos pretender que, assim, a questão estaria resumida às atividades curativas no sentido de rearranjo das disfunções que afetassem o organismo das pessoas, repondo-as, aptas, no mercado(de trabalho)¹⁷. Vigoraria a idéia de "saúde" curativa, o que nada mais é do que a *cura da doença*.

Em um segundo momento, no qual se expressa uma visão coletivizante da realidade social, atrelada ao desenvolvimento do modelo do Estado do Bem-Estar Social, podemos pensá-la não mais vinculada à simples possibilidade individual de "compra" da cura dos males mas, a partir de agora, unida à atividade prestadora do Estado. Passa a vigorar um direito à sua prestação independentemente das possibilidades pessoais.

Paralelamente, tem-se um aprofundamento desta problemática pela incorporação de um novo viés, qual seja, a *prevenção*, o que complexifica o tema, incorporando ao mesmo uma atuação antecipada no sentido de evitar a ocorrência da doença através da oferta de serviços básicos garantidores da salubridade pública.

¹⁷ A doença aparece como um desprestígio pois coloca o indivíduo fora, mesmo que temporariamente, de suas atividades laborais. Ver sobre este tema, entre outros: DEJOURS, Christophe. *A Loucura do Trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Cortez-Oboré, 1987.

Percebe-se, então, que a saúde não se restringe mais à busca individual e passa a ter uma feição coletiva na medida em que a saúde pública passa a ser apropriada pelas coletividades como direito social, como direito coletivo, bem como alargar-se o seu conteúdo. Tem-se a *prevenção da doença*.

Mas, aí não se esgotam as possibilidades. Podemos ir além e perceber a saúde acompanhando o desenvolvimento dos demais temas vinculados aos direitos fundamentais. Em assim sendo, seria possível percebê-la como aproximada dos conteúdos dos novos direitos de solidariedade. Pensá-la como um interesse que incorpora um conjunto não identificável de titulares, tal qual os interesses difusos. Assim, a veríamos como *promoção da saúde*.

Nesta perspectiva teríamos como núcleo central a própria saúde e não a doença, bem como a idéia de *qualidade de vida*, já referida anteriormente, que se expande para além de uma possível percepção holística, apropriando-se dos conteúdos próprios à teoria política e jurídica contemporâneas.

Talvez possamos vê-la como um dos elementos da *cidadania*, como um *direito à promoção da vida das pessoas*¹⁸, um direito de cidadania que projeta a pretensão difusa e legítima a não apenas curar/evitar a doença, mas a ter uma vida saudável, expressando uma pretensão de toda(s) a(s) sociedade(s) a um viver

¹⁸ O que, de certa forma, já vem contemplado no art. 25 da Declaração dos Direitos do Homem da ONU, que enuncia a saúde como uma das condições vinculadas à vida digna. A OMS no Preâmbulo de sua Constituição, de 1946, enuncia a saúde como *completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença*, relacionando-a com a felicidade, harmonia e segurança dos povos.

saudável, como direito a um conjunto de benefícios que fazem parte da *vida urbana*, incluídos nesta os referentes à preservação ambiental.

Mais do que isso, como um interesse difuso, ela faria parte do patrimônio comum da humanidade, referendando uma pretensão inapropriável exclusivamente por algum(uns) indivíduo(s).

Normativamente poderia ser pensada como diversa de uma imposição legal de criação de uma determinada instituição destinada à prestação de alguns serviços, não deixando de ser com isso um *direito subjetivo*, mas como a concretização de um princípio a ser referendado pela atuação jurídico-política do Estado nas dimensões ampliadas que aqui expressamos. Ou seja: não basta sequer que o Estado patrocine serviços curativos ou previna a doença por meio de uma atuação vinculada à salubridade pública. Esta postura requer que o conjunto das relações sociais se dê com vistas ao reordenamento da qualidade do cotidiano das pessoas, a sua adequação ao objetivo de promover - dar impulso, trabalhar a favor, favorecer o progresso, fazer avançar, fomentar - a vida.

Por outro lado, deve-se notar que a relação fundamental se transforma pois, de ora em diante, quando se fala em saúde não se tem em mente a sua relação com a doença e, conseqüentemente, com a morte. Tem-se, isto sim, uma posição auto-reflexiva da saúde relacionada com ela mesma e, assim, à vida e, além disso, não uma vida caracterizada como sobrevivência, mas uma vida qualificada pelo acesso aos benefícios da cidade.

Esta perspectiva parece estar apontada pela normatividade constitucional brasileira, quando no artigo 196 da Constituição Federal/88 indica a saúde, já inserida no âmbito dos direitos sociais - art. 6º "caput" - como um direito de todos e dever do Estado, objetivando, além da doença, o seu próprio revigoramento através da promoção e proteção, em especial, o que só se alcança através de uma garantia em sentido macro do cotidiano dos indivíduos.¹⁹

4.5.O Problema da Tutela Coletiva

Ao lado da questão material, a qual consubstancia um conjunto de preceitos normativos que (re)definem temas, dispõem acerca de seus conteúdos e regulam situações emergentes, colocam-se os problemas de tomada de decisão e de ver assegurado o cumprimento de suas disposições. Assim é que se evidencia a importância de se criar um arcabouço de instrumentos procedimentais aptos a fazer frente a eventuais atitudes contrárias às pressuposições normativas. Este momento seria característico das hipóteses elencadas pela segunda onda de acesso à justiça.²⁰

¹⁹ Parece ser exatamente por isto que nas propostas de emenda à Constituição de 1988, o Governo Federal esteja pretendendo a supressão da parte final do art. 196. Ver, também: DALLARI, Sueli G. op. cit., p. 30.

²⁰ Ver, de GARTH e CAPPELLETTI, *Acesso à Justiça*, pp. 49 e ss., onde os autores apresentam diversos métodos utilizados para enfrentar esta vaga, como a legitimação do Ministério Público e do *advogado público*, as *relator e class actions*, etc.

Eis aqui uma questão que importuna àqueles que lidam com os mecanismos procedimentais. À novidade da normatividade adjetiva soma-se a ineficácia dos mecanismos tradicionais colocados à disposição dos juristas para pretender a garantia pública - do Poder Público - dos conteúdos inatendidos.

Os instrumentos comumente utilizados mostram-se inadaptados à conflituosidade própria a estes conteúdos inovados ou inéditos. Seja pela temática problematizada, seja pelos atores envolvidos, seja, ainda, pelo tipo de remédio buscado para a satisfação dos interesses, tudo é novidade. Dessa forma é imperiosa a configuração de instrumentos outros que permitam, ao menos, a minimização dos danos eventualmente impostos aos bens pretendidos salvaguardar.

Como ficou apontado no decorrer desta Tese, dada a configuração que se desenha com a juridicização dos interesses transindividuais, principalmente os difusos, o conjunto das relações jurídicas sofre o influxo de um novo conjunto de demandas que, para serem satisfeitas, requerem a construção de uma juridicidade procedimental compatível.

A tutela das relações transindividuais, assim como a sua própria substancialidade, implicam em uma reformulação profunda na processualística. Da mesma forma que a inserção de novos interesses no âmbito do direito material importa em uma revisão de seus postulados básicos, tradicionalmente assentados em bases liberais, onde o indivíduo é a figura central que titulariza com exclusividade as pretensões, no campo do direito processual a necessidade de assegurar-lhes a efetividade importa em incorporar novos atores - coletivos -, novas respostas

compatíveis com tais pretensões, novos procedimentos, etc., frutos mesmo da novidade com que se está lidando.

A Constituição Brasileira de 05.10.88, em posição inovadora no contexto jurídico internacional, introduziu significativas contribuições para a proteção processual, não apenas de direitos individuais, mas, especialmente, de direitos substantivos coletivos e difusos. Nenhuma das constituições modernas, que sucederam aos períodos autoritários de pós-guerra, foram tão suficientemente ousadas e precavidas na fixação de mecanismos processuais destinados à proteção de interesses em conflitos que envolvessem grupos ou setores organizados da sociedade, mas, que pela sua natureza, não são titulados por grupos organizados para a manutenção de seus padrões de qualidade ou de eficiência.²¹

Deve-se ter presente, sobretudo, que se está lidando com interesses aos quais não se vincula mais a equação que estabelece à incidência do suporte fático uma consequência sancionadora. Os interesses transindividuais incorporam, ainda, novas modalidades de respostas para o caso de sua violação.

Para o equacionamento desta nova litigiosidade aos sistemas jurídicos são incorporados novos procedimentos. Entre estes podemos citar, exemplificativamente, a ação popular (Lei 4717/65; CFB art. 5º, LXXIII), já de alguma data cristalizada na ordem jurídica brasileira e a ação civil pública (Lei 7347/85 e Lei 7913/89),

²¹ BASTOS, Aurélio W., *Constituição e Proteção dos Direitos Coletivos no Brasil*, p. 11.

além de outros instrumentos que estão presentes em diversos diplomas legislativos, a começar pela Constituição Federal - como no caso do mandado de segurança coletivo (art. 5º LXX), ou ainda o Código do Consumidor (Lei 8078/90).

No âmbito e para os objetivos aqui expostos serão abordados na seqüência alguns aspectos relativos aos dois principais instrumentos processuais construídos para fazer face a esta nova litigiosidade que referimos acima, quais sejam: a ação popular e a ação civil pública. Ainda, é mister que se faça alguma menção às definições propostas pela Lei 8078/90.²²

Diga-se, por fim, que esta incursão pela processualística tem um objetivo restrito à percepção do trato atribuído ao tema e das dificuldades que emergem com a prioritarização contemporânea das relações transindividuais, embora não se esteja pretendendo fazer uma hexegese minuciosa acerca de tais institutos.

²² Quanto ao mandado de segurança coletivo, apesar da importância que este assume para o asseguramento de interesses transindividuais e de sua novidade no texto constitucional de 1988, não apresenta outras distinções que não a viabilidade da utilização do *writ* tradicional agora para afastar ofensa a interesse coletivo, ou seja, interesse de categoria como um todo e não de alguns de seus membros, tendo como legitimados ativos os partidos políticos, sindicatos, entidades associativas de classe, etc., regulado pelo art. 5º, LXX da CFB.

4.5.1.A Ação Popular

Um dos mecanismos mais tradicionais no Direito brasileiro para o trato de interesses da coletividade é a *ação popular*. De origem romana - Digesto, XLVIII, Tit. XXIII - já na Constituição imperial (1824) se tinha notícia de sua incorporação à ordem jurídica brasileira, dispondo-se que:

Art. 157 "Por suborno, peita, peculato e concussão, haverá contra eles (os juizes) ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecida na lei."

De lá para cá repetiram-se as definições nos vários diplomas legais básicos que vigoraram no Brasil, à exceção da Carta de 1937. Assim é que a ação popular aparece na Constituição de 1934:

Art. 115 Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos *atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios*

Em 1946, com a redemocratização, propunha-se:

Art. 141, § 38 Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de *atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista*

Nas Constituições posteriores, de 1967 (art. 150, § 31), cuja redação foi repetida pela Emenda Constitucional nº. 01/69 (art. 153, § 31)

Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular *atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas*.

Já a atual Carta Constitucional (1988), em seu art. 5º, LXXIII, dispõe:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular *ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural*, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Como se percebe a evolução legislativa, a nível constitucional, aponta para o crescimento do seu conteúdo adjetivo. Com a Constituição Federal de 1988, para além do âmbito administrativo tradicionalmente amparado pelo instituto, a ação popular passou a ser remédio apto à salvaguarda de bens ambientais e histórico-culturais, incorporando, assim, interesses caracteristicamente transindividuais de natureza difusa.

A ação popular é um mecanismo colocado à disposição da cidadania - só o cidadão, aquele alistado eleitoralmente, terá titularidade ativa para sua propositura (pré-requisito presente em toda a história constitucional republicana) - para a defesa de interesses caracteristicamente próprios à coletividade. Ou seja: ela não se presta

para garantir pretensões de caráter individual. Os benefícios porventura produzidos serão gozados pela coletividade como um todo.

Por outro lado, é ela, também, um procedimento jurídico apto a fazer face a práticas administrativas contrárias à sua regulação jurídica, embora não seja necessariamente ilícito. Ou seja: ela visa coibir a prática de atos, comissivos ou omissivos, da administração pública, lesivos ao patrimônio público ou valores artísticos, cívicos, culturais, ambientais ou históricos da coletividade.²³

Sinteticamente pode-se dizer, então, que a ação popular é um instrumento jurídico colocado à disposição do cidadão, e só a ele, para coibir a prática de atos lesivos produzidos contra os bens especificados na norma constitucional. Tem ela conteúdo transindividual, embora a legitimação que atribua seja individual, uma vez que os benefícios produzidos e/ou prejuízos evitados não serão incorporados ao patrimônio do litigante com exclusividade, mas comporão como que um patrimônio comum solidariamente titularizado e usufruível pela sociedade como um todo indistinto.

²³ Como diz Hely Lopes Meirelles: *Embora os casos mais frequentes de lesão se refiram ao dano pecuniário, a lesividade a que alude o texto constitucional, tanto abrange o patrimônio material, quanto o moral, o estético, o espiritual, o histórico. Na verdade, tanto é lesiva ao patrimônio público a alienação de um imóvel por preço vil, realizada por favoritismo, quanto a destruição de um recanto ou de objetos sem valor econômico, mas de alto valor histórico, cultural, ecológico ou artístico para a coletividade local. Por igual, tanto lesa o patrimônio público o ato de uma autoridade que abre mão de um privilégio do Estado, ou deixa perecer um direito por incúria administrativa, como o daquele que, sem vantagem para a Administração, contrai empréstimos ilegais e onerosos para a Fazenda Pública. Ver do autor: Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas-Data. 12ª ed. São Paulo: RT, 1989. pp. 89-90.*

A ação popular tem, observe-se, um objetivo específico e pré-determinado, qual seja o de permitir, pela atuação da cidadania através da função jurisdicional do Estado, o controle da prática administrativa pública. É a atividade estatal lesiva, consubstanciada pela atuação do ocupante de função pública que compõe seu objetivo.

A importância que ela assume para o estudo dos interesses transindividuais está vinculada ao seu alargamento pelo constituinte brasileiro que permitiu o seu uso para a insurreição jurídico-processual contra ato lesivo ao meio ambiente e patrimônio histórico-cultural.

Evidentemente que à ação popular somam-se outros mecanismos que evidenciam o resguardo dos interesses transindividuais. É com este objetivo que se cria em 1985 a *ação ideológica*.

4.5.2.A Ação Civil Pública

A Lei 7347/85²⁴ instituiu uma nova arma processual para a defesa, esta sim, privilegiada dos interesses transindividuais difusos, dando legitimidade ativa não só a entidades públicas, seja o Ministério Público, as pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais, bem como às associações civis que objetivem a proteção do meio ambiente ou a defesa do consumidor. (Lei 7347/85, art. 5º)

Com a Constituição Federal Brasileira/88, o âmbito de incidência da ação civil pública sofreu profundo alargamento, como se observa do disposto em seu art. 129, III que dispõe caber ao Ministério Público a sua promoção - tem o "parquet" legitimidade ativa - para a defesa de interesses transindividuais, coletivos ou difusos, não circunscritos apenas à proteção do meio ambiente.

Com esta reformulação, o Ministério Público assume relevância fundamental para a salvaguarda dos interesses difusos e coletivos, uma vez que a legitimação atribuída pela Constituição Federal lhe é própria, ficando os demais legitimados circunscritos ao disposto na Lei 7347/85 e, assim, a defesa do *patrimônio público e social e de outros interesses difusos e coletivos* resta com exclusividade ao "parquet".

²⁴ Nos restringiremos a especificar esta lei, muito embora a Lei 7913/89 que regula a ação civil pública por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários também refira a possibilidade de promoção desta, evidentemente com características que lhes são peculiares, tendo como objetivo principal o ressarcimento dos prejuízos causados a investidores em razão de práticas irregulares.

Assim, diz Clovis Beznos:

A ação civil pública, alçada a nível constitucional, com a ampliação da legitimação ativa do Ministério Público, quanto à defesa de todo e qualquer interesse difuso, e de todo interesse coletivo de cunho social e indisponível, transformou tal ação em remédio de amplo espectro, e em instrumento de grande eficácia, para a defesa de interesses relevantes albergados pelo Ordenamento, antes desprotegidos pela ordem constitucional anterior.²⁵

Os atos atentatórios, legitimadores da atuação jurisdicional via ação civil pública, podem ter origem na atuação de pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas.

É ela, a *ação ideológica*, alargada em seus limites, o remédio processual atualmente em vigor no Brasil, que melhor evidencia a diferenciação que se estabelece para a proteção dos interesses transindividuais, destinando-se à defesa e proteção da Sociedade e não do Estado, enquanto poder público.

É uma ação de natureza *condenatória* a ser promovida no foro do local onde ocorrer o dano (Lei 7347/85, art. 2º e 4º) que tem por finalidade a defesa do meio ambiente, entendido como *o conjunto de elementos da Natureza - terra, água, ar, flora e fauna - ou criações humanas essenciais à vida de todos os seres*

²⁵ BEZNOS, Clóvis. *Ação Popular e Ação Civil Pública*, pp. 45-46.

e ao bem-estar do homem na comunidade, do consumidor, ou seja, todo aquele - pessoa física ou jurídica ou mesmo coletividade de pessoas ainda que indetermináveis - que se utiliza de produtos, atividades ou serviços de outrem, como destinatário final do bem²⁶ e dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico que constituem o patrimônio cultural da comunidade.

Importa referir, ainda, a possibilidade aberta ao Ministério Público de instaurar, com anterioridade ao ajuizamento da ação, o *inquérito civil*, procedimento preparatório de natureza administrativa pré-processual que viabiliza instrumentalmente a reunião de provas ou outros elementos informativos que ajudarão na atuação processual deste órgão.

Tem ela o objetivo de impor uma condenação em dinheiro, valor este que reverterá para um fundo público destinado à reconstituição dos bens lesados, ou a uma obrigação de fazer ou não fazer. Percebe-se, aqui, uma das preocupações fundamentais no trato dos interesses transindividuais, qual seja: o dos *remédios jurídicos* aplicáveis aos casos de atuação contrária às disposições protetivas destes interesses, uma vez que pelas características próprias dos bens protegidos - a sua escassez ou mesmo unicidade, a possibilidade de exaurimento, a sua irrecuperabilidade, etc. - somos levados a pretender que apenas a sua preservação é capaz de satisfazer as pretensões envolvidas.

²⁶ Diz o art. 2º da Lei 8078/90: *Consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Parágrafo Único: Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.*

À tradicional indenização, transformando em pecúnia o prejuízo causado, devem-se substituir outras formas de recuperação do dano. Ou seja: dada a improbabilidade de uma atuação conforme ao Direito em 100% (cem por cento) dos casos, torna-se imprescindível que atentemos à sua recomposição.

A Lei 7347/85 instituiu duas possibilidades visando sobretudo a recuperação do bem objeto do interesse transindividual. Tanto a pecúnia quanto a reconstituição têm este objetivo pôsto que, dado o caráter deste tipo de interesse, apenas a sua restituição ao *status quo ante* é condizente com a pretensão maior de vê-los preservados, não se podendo admitir seu trato à semelhança do interesse individual, quando a *compra* da possibilidade de atingi-lo é uma marca indelével.

Assim, mesmo que a imposição pecuniária tenha como destino a reparação dos danos sofridos pelos bens atingidos, a condenação obrigacional parece estar mais conforme com os objetivos próprios ao conteúdo dos litígios atendidos, uma vez que aponta exatamente para a garantia de hígidez de objetos que se depredados estarão inevitavelmente irrecuperáveis dadas as suas características, muitas vezes, de objetos únicos e insubstituíveis e cujo valor é de impossível determinação em razão mesmo de não possuir um valor monetário extrínseco ou intrínseco ou de não ter um titular definido cuja relação com o bem permita a fixação presumida da adequação financeira do interesse.

Com isto, permite-se perceber as dificuldades que cercam os interesses transindividuais. Não são apenas os conteúdos novos ou os atores envolvidos que

lhes problematizam o estudo mas, também e fundamentalmente, a busca de soluções para as situações de ameaças ou agressões infligidas aos mesmos.

4.5.3.O Código do Consumidor

O Código do Consumidor - Lei 8078/90 - significou, com relação à construção de garantias processuais aos interesses transindividuais, a cristalização de um campo de abrangência ampliado - em concordância com a regra constitucional - para a ação civil pública ao fixar em seus arts. 110 e 111²⁷ - que alteram dispositivos da Lei 7347/85 - a possibilidade de sua utilização para a salvaguarda de todo e qualquer interesse difuso ou coletivo, abandonando-se, assim, qualquer índice limitativo de hipóteses permissivas da utilização de tal instrumento substantivo.

Por outro lado, especificamente no que diz respeito à regulação das relações de consumo, a promulgação deste diploma legal permitiu a definição não taxativa dos direitos próprios aos consumidores, podendo-se elencar, com base em seu art. 6º, entre outros, os seguintes:

²⁷ Art 110 - Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei 7347, de 24 de Julho de 1985: "IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo."

Art. 111 - O inciso II do art. 5º da Lei 7347, de 24 de Julho de 1985, passa a ter a seguinte redação: "II - inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, ou a qualquer outro interesse difuso ou coletivo."

A. proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços perigosos ou nocivos;

B. educação acerca do consumo adequado de produtos e serviços;

C. acesso à informação adequada acerca da composição, qualidades, preço, etc..., dos produtos e serviços;

D. proteção contra publicidade enganosa ou fraudulenta e contra cláusulas abusivas;

E. proteção contra cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais, ou sua revisão em razão da superveniência de fatos novos;

F. prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

G. acesso ao Judiciário, inclusive com a facilitação da defesa de seus direitos, bem como aos órgãos administrativos responsáveis, inclusive com a criação de meios alternativos de solução de conflitos de consumo;

H. prestação de serviços públicos adequados.

Ainda, deve-se ter presente que a defesa do consumidor tido como a parte vulnerável das relações de consumo (art. 4º, I da Lei 8078/90)²⁸ se fará através de mecanismos diversos, uma vez que

...pela Lei n. 7347/85, é feita considerando-se o consumidor de forma difusa, isto é, desde que a lesão atinja um número indeterminado de pessoas (como na propaganda irregular ou enganosa, na venda em grande escala de bem deteriorado, sem se poderem identificar os lesados, etc.) Nesse caso, o objeto da ação será apenas apurar o dano ao consumidor, no que este tenha de uniforme, diretamente decorrente de preço da aquisição; os danos individuais, particularizados e variáveis de caso a caso, somente poderão apurados pelo sistema dos arts. 91 e s. do Código do Consumidor, utilizando-se a ação coletiva para defesa de interesses individuais homogêneos, ou por meio de ação direta para cada prejudicado, à vista da subjacente legitimação ordinária.²⁹

Assim, a defesa do consumidor poderá ser empreendida a título individual ou coletivo. Coletivamente, através de ação civil pública (Lei 7437/85) ou de ação civil coletiva (Lei 8078/90, arts. 91 a 100), nos casos de interesses difusos ou

²⁸ Art. 4º A Política Nacional de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

²⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. p. 80.

coletivos e individuais homogêneos (Lei 8078/90, art. 81, I, II e III). Individualmente, pela promoção do interessado em ver assegurada a sua pretensão.

A novidade, no âmbito dos interesses transindividuais, aportada pelo Código do Consumidor diz respeito aos interesses individuais homogêneos - já tratados anteriormente -, assegurando-lhes uma ação coletiva para a sua defesa. Esta permitirá, através de uma condenação genérica (Lei 8078/90, art. 95)³⁰, o ressarcimento dos prejuízos individualmente sofridos em decorrência de causa comum.

Ainda, o Código do Consumidor incorpora a nominada *convenção coletiva de consumo*, através da qual as entidades civis de consumidores e as associações de fornecedores ou sindicatos de categoria econômica podem regular, por convenção escrita, relações de consumo que tenham por objeto estabelecer condições relativas ao preço, qualidade, quantidade, garantia e características de produtos e serviços, bem como à reclamação e composição do conflito de consumo (Lei 8078/90, art. 107). Aqui se apontam dois caminhos importantes para a composição das relações de consumo: em primeiro lugar a possibilidade de ver-se construídas tais relações sob as bases da negociação e, em segundo lugar, quando do conflito instalado de o mesmo ser resolvido através de mecanismos outros que não o recurso à lide jurídica tradicional - conforme dispõe o art. 4º, V deste Código³¹.

³⁰ Lei 8078/90, art. 95: Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

³¹ Art. 4º A Política Nacional de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

Abrem-se, assim, as possibilidades para uma composição negocial das demandas, o que aponta para uma outra problemática incorporada ao debate contemporâneo, qual seja: a justiça consensual.

4.6. Justiça Conflitual e Justiça Consensual

Neste quadro, importa-nos traçar algumas considerações acerca da dicotomia mecanismos conflituais/mecanismos consensuais utilizados para pôr fim a querelas. Para tanto faz-se mister que, em primeiro lugar, remarquemos a emergência de novos conflitos, bem como revisemos outros - velhos ou não tão novos - para, por fim, adentrarmos o tema da mediação como exemplificador do modelo consensual

É evidente que, quando mencionamos tais *mecanismos*, estamos fazendo menção àqueles produzidos e utilizados como meios pacíficos para a resolução de pendências e litígios. Com isto, estamos afastando totalmente a *força* como instrumento legítimo para tal.

Quando referimos a ocorrência de novos conflitos, estamos apontando a transformação de conteúdo dos interesses que se dá no horizonte das sociedades

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo.

transmodernas não apenas nesta última década do século, mas, também, desde há alguns anos. Esta alteração radical passa a fazer parte de nosso dia-a-dia a partir do momento em que nos percebemos imersos em um modelo econômico-desenvolvimentista baseado na produção em massa e, conseqüentemente, na destruição em igual escala.

A *Sociedade Industrial*, convém repisar, emergente das revoluções tecnológicas, refletida em uma estrutura sócio-política calcada em um individualismo exacerbado, produziu, ao lado dos seus imensos avanços, uma imensa desagregação ecossistêmica em sentido amplo. Não foi só o meio ambiente que foi atingido por este *espírito do progresso*: foi, também, a possibilidade de uma sobrevivência humana saudável.

A transformação radical operada na *sociedade humana* nestes últimos séculos refletiu-se sobremaneira na sua tipologia conflitual. Dos, hoje, conflitos tradicionais, envolvendo questões referentes a indivíduos isolados, passamos a deparar-nos com situações que referem problemas envolvendo litígios complexos, onde os temas propostos dizem respeito não só a um sem-número de indivíduos mas, também, incorporam temas que implicam, muitas vezes, na tomada de posição frente a questões estruturais da própria sociedade, assim como dizem respeito à definição de aspectos fundamentais para a qualidade de vida das pessoas, como já apontado. São litígios que não mais dizem respeito, tão-só, à opção, frente ao mesmo direito, sobre quem seja o seu titular e, via de conseqüência, quem dele esteja excluído.

Ao lado destas situações paradigmáticas, que dizem com *situações estruturais* para a Sociedade, podemos inserir outras que, embora já tradicionais nos meios jurídicos, impõem sejam revisitadas nos seus mecanismos de resolução. Neste campo situam-se aquelas questões que implicam em um *compromisso continuado*, ou seja: problemas para os quais a imposição de uma resposta não circunscreve o seu cumprimento a um determinado momento histórico-processual. A concretização da pretensão acolhida significa a sua repetição indefinida. Neste campo, temos, p. ex., situações de direito de família - como no caso de prestações alimentícias e regulação de visita do cônjuge aos filhos - direito de vizinhança, etc.

Pode-se referir, ainda, que, para além do mencionado acima, temos, no interior das questões já tradicionalmente jurisdicizadas, uma complexificação dos temas envolvidos nas demandas. Neste caso, situam-se, p. ex., aqueles envolvendo relações comerciais internacionais de grandes corporações transnacionais.

Além desta transformação *qualitativa*, o que se percebe é, também, um crescimento *quantitativo*, ou seja, a complexificação das relações sociais produz uma sobrecarga de demandas dirigidas aos mecanismos tradicionais de solução de conflitos. Assim, ultrapassado o descompasso conteudístico, material, em que se encontra o Judiciário, em face de sua inadaptação para certos tipos de conflitos - p. ex., conflitos interorganizacionais onde ocorre uma multiplicidade de partes litigando acerca de interesses difusos atrelados a objetos de uma tecnicidade inapreensível pelo saber jurídico tradicional³² - nos deparamos com o problema da

³² Aqui se coloca um debate que deve ser praticado com urgência, qual seja, o do *papel desempenhado pelos peritos técnicos nos procedimentos*. Todavia este não é nosso objetivo neste momento.

lentidão das respostas e, em muitas ocasiões, de sua inadequação para pôr fim àqueles.

4.6.1.A Consensualidade do Conflito

Para a solução dos conflitos, o Direito propõe tradicionalmente o recurso ao Judiciário estruturado como o *poder de estado* encarregado de dirimi-los. Para tanto, os sistemas judiciários estatais, no interior do Estado de Direito, são os responsáveis pela pacificação social através da imposição das soluções normativas. Ou seja: ao Judiciário cabe, em havendo o não-cumprimento das prescrições normativas, a imposição de uma solução, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimação de *dizer o Direito*. Esta estrutura aqui descrita, referenda um modelo judiciário que se assenta na fórmula clássica da *oposição de interesses entre indivíduos iguais em direitos*, para os quais é indispensável que se sobreponha o Estado como ente autônomo e externo, neutro e imparcial, do qual provenha uma decisão cogente.

Tal postura reflete, como diz Bonafé-Schmitt³³, um modelo de sociedade, aquele do liberalismo clássico, que repousa sobre a propriedade privada, o mercado, a não-intervenção do Estado, engendrando um modo de regulação centrado na

³³ Ver: BONNAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *La Médiation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992. Passim

competição e na oposição de interesses. O *modelo conflitual* expressa bem esta perspectiva que se traduz pela oposição de direitos, de pretensões, a *designação de um perdedor e de um ganhador*.

Nesta trajetória os mecanismos de resolução de conflitos se expressam através da concessão a um dos litigantes do benefício pretendido e a negação do mesmo ao outro. Isto importa na aceitação de que ao Direito agrega-se uma titularidade perfeitamente definida e excludente. Uma tal postura incorpora não a solução do conflito, mas a sua *neutralização* pelo dizer oficial do Direito. O conflito pode perpetuar-se, importando apenas a imposição da solução legal, com ou sem a eventual aceitação dos resultados pelas partes.

A contrapartida que se apresenta nestes tempos de crise - crise profunda dos sistemas judiciários de regulação de conflitos - pode ser percebida, como salienta o autor acima mencionado, no crescimento em importância de instrumentos consensuais de resolução dos mesmos. A *mediação* - como espécie do gênero justiça consensual - aparece como a contraface dos meios impositivos de regulação social mas não apenas como resposta ao disfuncionamento do modelo judiciário. Ela refere, outrossim, a emergência de um novo modo de regulação social, muito embora possa, também, ser percebida como um *instrumento de integração*.

Importa-nos referendar, aqui, que ela representa, como salienta Bonafé-Schmitt, a reconstituição de lugares de socialização, prefigurando, assim, novos modos de regulação, traduzindo não-somente mudanças na distribuição e organização do poder mas, também, uma redefinição das relações entre o que se

chama sociedade civil e o Estado e, mais particularmente, da legitimidade do poder de regular conflitos.

Para este autor, a *mediação* pode ser definida como

*...un processus le plus souvent formel par lequel un tiers neutre tente à travers l'organisation d'échanges entre les parties de permettre à celles-ci de confronter leurs points de vue et de rechercher avec son aide une solution au conflit qui les oppose.*³⁴ (grifo nosso)

Ou, por outro lado, como diz Jean Carbonnier:

*...est médiation tout mode informel de résolution par un tiers de conflits qui auraient dû a priori être résolus, dans les formes, par un juge de l'espèce traditionnelle.*³⁵

O que se percebe, com isso, é que, mais do que uma técnica de resolução de conflitos, este mecanismo se apresenta como *a emergência de novos modos de regulação social, uma justiça alternativa, importando verdadeiramente em uma alternativa à justiça tradicional, embora a mediação, como salienta J. Carbonnier,*

³⁴ id. *ibid.*, pp. 16/17

³⁵ Ver, do autor: *Réflexion sur la Médiation*. Anais do Congresso "La Médiation: un mode alternatif de résolution des conflits?" Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1992. p. 11

seja tão antiga quanto a humanidade, tendo crescido em importância contemporaneamente. Isto é vislumbrado em vários setores das relações sociais, tais como: relações de trabalho - especialmente -, relações de produção/consumo, relações de vizinhança, relações familiares, e, inclusive, no campo penal - como demonstram algumas experiências americanas e européias.

Nesta perspectiva, a *mediação* se apresenta como a contraface dos modos tradicionais de regulação social e de resolução de conflitos baseados na delegação, instituindo uma autonomização do litígio por intermédio da apropriação pelos envolvidos do poder de geri-los, caracterizando-se pela *proximidade, oralidade, ausência de custos*³⁶, *rapidez e negociação*. Subtrai-se, assim, dos profissionais do Direito a exclusividade deste objeto.

É importante, todavia, considerar as interrogações apontadas por J. Carbonnier. Diz ele:

...je n'ai cessé de m'interroger sur l'originalité qui peut être attribuée à la justice alternative par rapport à la justice classique. Abstraitement, toutes deux sont construites sur le même schéma: le passage de la dyade à la triade, de l'affrontement de deux litigants, chèvre contre chèvre sur le petit pont, jusqu'à l'intervention du berger, d'un tiers qui résoudra le conflit. Il faut supposer, cependant, que d'une

³⁶ Talvez se possa falar em diminuição de custos e não em sua supressão pôsto que, com a informalização do procedimento ou sua transformação pode-se subtrair as despesas referentes aos atos processuais tradicionais.

*justice à l'autre, le schéma est différemment habillé. Qu'est-ce qui fait la différence? les acteurs? les matériaux? les procédés? C'est à dire, en somme, qu'est-ce donc que la médiation?*³⁷

Por outro lado, percebe-se que os *objetivos* deste mecanismo podem ser agrupados como:

1. Em relação ao Estado, busca desincumbi-lo dos nominados contenciosos de massa, deixando-lhe, nestes casos, apenas uma função simbólica, mediata, servindo como referência ao conjunto da regulação social, não intervindo que de forma excepcional ou como instância de homologação ou de apêlo³⁸;

2. Para o setor empresarial, a resolução negociada desta nova litigiosidade representa ganhos substanciais no que se refere a custos, imagem e marca;

3. Este mecanismo importa na participação das partes na solução dos litígios, permitindo sua descentralização, flexibilização e informalização;

³⁷ J. Carbonnier, op. cit., p. 12.

³⁸ Esta situação abriga, também, a hipótese de uma possível *marginalização do judiciário*, afastando-o da análise de tais conflitos.

4. A solução negociada importa, também, em uma promoção da conciliação em contraposição à sanção, uma harmonização de interesses e o equilíbrio entre as partes.

Diante disso, pode-se afirmar que o fundamento da mediação repousa na construção de um equilíbrio renovado das relações entre as partes, tentando restaurar a harmonia, o consenso, ao invés de impor responsabilidades, através do favorecimento de trocas entre elas. É, em verdade, um mecanismo comunicacional de resolução de conflitos, sem deslocá-lo de seu contexto de origem e sem importa-lo para o interior de um sistema, cujo funcionamento é unicamente acessível aos iniciados em suas artes.

Pode-se, ainda, caracterizá-la como uma técnica que aponta para a desjudicialização do conflito, ou seja, pretende retirar do âmbito do Judiciário, como poder do Estado, a tarefa de regular os litígios, muito embora, como diz J. Carbonnier, seja (...) *plus facile, en effet, de déjuridiciser les litiges et leur résolution*.³⁹

Neste sentido, é de se ter presente que para se falar em mediação em sentido estrito deve-se afastá-la das técnicas judiciárias de conciliação colocadas à disposição do julgador tradicional pela ordem jurídica, conhecida como *mediação judiciária*.

³⁹ J. Carbonnier, op. cit., p. 15

Assim, a mediação, como justiça consensual, deve construir uma estrutura própria, desconectada da justiça clássica. Algo como um mecanismo laico de resolução de conflitos, onde a figura do mediador seria exclusividade do indivíduo comum do povo; uma mediação *ratione personae* que não buscaria recrutar seus participantes sequer em operadores do Direito vinculados de alguma forma à ordem jurídica, tais como juízes, promotores, advogados, funcionários da Justiça. Haveria, nestes casos, como quê um retorno mediatizado à mentalidade judiciária.⁴⁰

Esta laicização da figura do mediador estaria assentada em uma dupla caracterização: a autoridade técnica e a autoridade moral.

A primeira desenha a figura do mediador como aquele indivíduo detentor de um saber especializado, técnico, na matéria em debate. Algo como um *expert* no assunto.⁴¹

A autoridade moral vincularia o mediador ao indivíduo dotado de respeitabilidade no grupo, advinda esta de sua posição social, etária, religiosa, profissional, etc. Ou seja, algo que lhe aponte as qualidades essenciais para emitir uma decisão de qualidade ética.

⁴⁰ id. *ibid.*, p. 13

⁴¹ Esta pressuposição aproxima a figura do mediador daquela do *perito* nos procedimentos judiciais tradicionais, o qual também é chamado a opinar acerca de temas técnicos de sua área. A diferença está em que, este, não tem formalmente nenhum poder de decisão, atuando como um auxiliar, prestando informações e esclarecimentos ao julgador. Como diz J. Carbonnier: *...quelle que soit sa spécialité, le médiateur-technicien intervient toujours avec l'autorité des sachants. Et l'on ne peut s'empêcher de le comparer à l'expert dans le procès classique. Il est vrai que l'expert ne résout pas lui-même le litige. Mais on n'ignore pas avec quelle irrésistibilité de facto son avis tend à pénétrer dans le jugement.* Op. cit., p. 14

O quadro abaixo busca refletir o conjunto da problemática que envolve esta tentativa de organização de uma justiça baseada no consenso. Nele podemos visualizar, além das características e objetivos que lhe seriam próprios, críticas e problemas pretendidos ou supostos.

JUSTIÇA CONSENSUAL

CARACTERÍSTICAS	CRÍTICAS	PROBLEMAS
<i>Proximidade</i> <i>Oraidade</i> <i>Ausência de Custos</i> <i>Rapidez</i> <i>Negociação</i>	<i>Representação de Interesses</i> <i>Conhecimento técnico</i> <i>inexistência de poder coercitivo</i> <i>Dilação temporal</i> <i>Etc.</i>	<i>Controle social</i> <i>Neutralidade dos interesses</i> <i>Burocratização</i> <i>Financiamento</i>

OBJETIVOS

Estado: desincumbir-se do contencioso de massas

Empresas: resolver problemas de custos, imagem e marca

Participação da partes

Autonomia: descentralização, flexibilização, informalização

Socialização de interesses vs. Conflito de interesses

Conciliação vs. Sanção

Harmonização de interesses e Equilíbrio entre as partes

Das características apontadas emerge a percepção de que em todas elas se está apontando para uma informalização dos procedimentos jurisdicionais baseados na negociação, em razão mesmo da proximidade das partes envolvidas e da oralidade que caracterizaria a prática dos atos procedimentais, favorecendo a troca de informações e a melhor compreensão das pretensões e resistências, através da participação e autonomização das partes envolvidas, do compartilhamento e harmonização dos interesses, do privilegiamento da conciliação - do acordo - ao invés do sancionamento,

Todavia, em razão mesmo de sua configuração, além de sua dificuldade de desvincular-se da força centrípeta do Judiciário tradicional⁴², a justiça consensual padeceria de alguns problemas que poderiam ter um papel disfuncional em relação aos seus objetivos e características.

Desde logo pode-se objetar que, ao contrário dos mecanismos jurisdicionais tradicionais como sistemas públicos, os mecanismos consensuais não teriam um controle social de seu funcionamento e de suas decisões, tornando-os imunes à ação das instituições tradicionais, acelerando processos disruptivos dos vínculos sociais através da maximização da neutralização dos valores veiculados através dela; por outro lado a sua institucionalização levaria à profissionalização de sua prática, impondo-lhe um processo de burocratização e de aumento de custos que poderiam inviabilizá-los como alternativas às práticas tradicionais, principalmente

⁴² O que se percebe é a constante utilização deste instrumento no interior de um procedimento de tipo clássico, mas é *...seulement quand il est détaché, isolé de tout procès classique, que l'instrument acquiert les caractères d'une institution autonome, que l'on a alors bien le droit de nommer médiation*. Ver J. Carbonnier, op. cit., pp. 17-18

em razão da incoerência de coerção em suas decisões e pelo despreparo técnico dos envolvidos.

Vê-se, portanto, que esta antiga e toda-nova fórmula para equacionamento dos dilemas sociais importa, todavia, em uma infindável gama de questionamentos. Estes iniciam pelo eventual temor de *desprestígio do Judiciário* e, via de consequência, dos *operadores e métodos jurídicos tradicionais*, passam pela discussão acerca da *representação dos interesses*, para chegarem à problemática que nos parece fundamental, qual seja, o *conteúdo* das demandas.

Sobre as duas interrogações iniciais, é inescapável que vislumbremos as reações opostas a uma mecânica consensual, em especial aquela proveniente dos magistrados. No caso francês, apreciado por Bonafé-Schmitt, percebe-se que o grande temor prevê o estabelecimento de uma *justiça paralela*. Isto pode nos fazer supor que, em terras brasileiras, tais hostilidades se fariam sentir com a mesma ou talvez maior amplitude, ainda com a incorporação das vozes de muitos outros operadores jurídicos defensores de seus mercados de trabalho. É evidente que, aqui, devemos pressupor dois universos discursivos importantes:

1. Aquele referente tão-só a um apêgo xenófobo a determinados prestígios proporcionados pelo controle de um saber técnico especializado;
2. Outro, efetivamente preocupado com o debate acerca das garantias inerentes às partes em disputa, bem como aos interesses debatidos.

Bem evidente que esta última posição contrasta fundamentalmente com a primeira. Enquanto aquela assume corporativamente a garantia de seu *status*, esta pressupõe não um apêgo às origens, mas uma salvaguarda de determinados padrões mínimos organizativos das regras do jogo e, garantidores mesmo de sua ocorrência.

Tal posição se reforça quando não esquecemos a nossa imersão em uma sociedade eminentemente desigual, cujos conflitos não se dão, como sonhou em vão uma utopia liberal, entre indivíduos iguais em direitos e obrigações. É nesta direção que podemos inserir a constatação da hostilidade manifesta por certas organizações sociais, no caso organizações de consumidores, as quais manifestam a sua desconfiança, preferindo antes um *reforço da instituição judiciária e um efetivo acesso à justiça* como garantia para a solução de litígios gerais das coletividades, ao invés da defesa negocial de interesses particulares.⁴³

Quanto ao *conteúdo* das demandas, temos presentes dois aspectos fundamentais:

1. Todas as matérias seriam passíveis de um tratamento negocial, ou existiria um campo relegado a uma *ordem pública intangível*, a qual ficaria imune à possibilidade de uma jurisdicização consensual?;

⁴³ BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *La Médiation: une justice douce*. pp. 70 e ss., 82 e ss.

2. O tratamento pela mediação levaria em consideração situações individuais ou, ao contrário, seria capaz de permitir uma valorização da dimensão coletiva dos conflitos?

Estas duas interrogações colocam em primeiro plano pontos fulcrais no tratamento deste tema. Se, por um lado, privilegiamos a metodologia consensual como um instrumento democratizador do tratamento dos conflitos, em especial aqueles produzidos por nossas sociedades contemporâneas, por outro, não podemos obnubilar o papel ainda desempenhado pelo Estado, no mundo periférico mas não só nele, no resguardo de determinados interesses definidos como pertencentes à coletividade como um todo, muito embora não necessitem ser assumidos como interesses públicos no seu velho estilo.

O conjunto de interesses traduzidos nesta ordem pública intangível não precisaria necessariamente cristalizar-se dogmaticamente. Pelo contrário, a sua definição adviria de uma opção democrática da própria sociedade.⁴⁴

De outra banda, é mister que consideremos o segundo interrogante apontado acima, qual seja o tipo de situação que seria assumida pelo método consensual.

⁴⁴ Se objetarmos que a Sociedade não seria capaz de construir tal espaço, estaremos, ao mesmo tempo, reforçando o argumento da impossibilidade de uma definição consensual dos litígios.

Os problemas fundamentais de nosso tempo implicam sobremaneira em questões que dizem respeito a grupos inteiros de pessoas, às vezes determináveis, outras, muitas, indetermináveis numericamente. Assim, para além da complexidade de conteúdo, temos que as questões emergentes neste final de século constituem-se no embate, cada vez mais acirrado, entre partes múltiplas.

Se, por um lado, esta situação põe em cheque a estrutura jurídica liberal calcada na figura do indivíduo, titular exclusivo do direito subjetivo, por outro, coloca-nos a imprescindibilidade de valorarmos esta dimensão coletiva do conflito.

Para tanto, o debate e a ação refletem também esta dimensão e, assim, às organizações cabe a instrumentalização dos conflitos coletivos, e não a defesa particularizada dos indivíduos. Por exemplo, a uma ordem de consumidores importa o embate frente aos problemas gerais do consumo, a uma organização ambientalista interessa o litígio acerca da preservação do patrimônio ambiental da humanidade. Ambos estariam muito próximos à definição de políticas setoriais, mas não se restringiriam a esta relação com o Estado e, sim, incorporariam toda a conflituosidade latente referente à reestruturação da sociedade.

Ou seja, seus conflitos são estruturais, e não circunstanciais e dizem respeito à contemporaneidade do debate centrado no conceito de qualidade de vida. O problema que resta em aberto seria o de como construir o consenso sobre interesses de tal magnitude, cuja representatividade é, como eles mesmos, difusa.

CONCLUSÃO

La Révolution terminée, on attend de lui (le droit) qu'il tempère nos excès de volontarisme, offrant à nos conflits une solution pacifiée. (Pierre Bouretz)

A elaboração desta Tese, onde nos propusemos apresentar uma leitura relativa à temática dos interesses transindividuais - coletivos e difusos -, no interior de um paradigma que privilegiou os vínculos de união que se estabelecem entre estes e a construção de um modelo de Estado, sob o formato de *Welfare state* ou *État Providence* ou, ainda, Estado do Bem-Estar Social, permitiu que vislumbrássemos algumas perspectivas relativas a esta problemática.

A ordenação das mesmas pode apontar alguns consensos a que se chegou, bem como algumas interrogações que permaneceram.

1. A perquirição fundamental que acompanhou a elaboração do trabalho pode ser resumida como a busca das possíveis contiguidades ocorrentes entre o aprofundamento do modelo liberal de Estado, sob a fórmula atual do Estado Democrático de Direito, e a transformação que irá se operar no Direito, como ordem jurídica estatal, em razão da entrada em cena de novos conjuntos de

interesses caracterizados por uma multiplicação subjetiva *ad infinitum* - dentro da hipótese geral formulada ao início desta Tese.¹

Tal interrogante permitiu, por outro lado, visitar autores clássicos da sociologia jurídica, os quais, representados na obra de Georges Gurvitch, tiveram importância central na elaboração de um arcabouço de idéias que conduziram à formulação de uma teoria respeitante aos direitos sociais, que se constrói assentada em uma idéia de compartilhamento de interesses comuns, onde a dicotomia Estado/Sociedade funcionava no sentido de apontar para a construção de normatividades antagônicas baseadas, umas, na subordinação (ordem estatal) e, outras, na coordenação (ordem social) de interesses.

Neste ponto, o que buscamos apontar é a possibilidade de uma aproximação, sob os pressupostos dos interesses transindividuais, entre o caráter solidário, comunitário e plural que está presente seja no direito social pretendido por Geroges Gurvitch, seja nos interesses transindividuais construídos a partir dos interesses compartilhados pelos indivíduos, como pretensões que se desfrutam - positiva ou negativamente - inexoravelmente conjuntamente.

Não há que se recolocar em pauta a querela fundante do debate que envolve a teoria do direito social, qual seja a da inevitabilidade de ordens antagônicas, sequer há de falar-se em triunfo do modelo estatal de Direito. O que há, parece-nos, é uma conjugação, sob a fórmula e a materialidade da juridicidade

¹ Ver, neste trabalho, Introdução.

estatal, de interesses coletivamente usufruídos e que, por isso mesmo, incorporam a substancialidade oriunda da tradição social.

Este rearranjo é, de certa forma, antevisto por Georges Gurvitch quando pretende a possibilidade, sob a roupagem do *direito social condensado*, de construção de uma ordem jurídica do Estado Democrático que mantivesse intata as características elementares do direito social, em especial sua origem e seu caráter não-subordinativo, ou melhor, integrativo.

É de se notar, contudo, que a construção gurvitchiana não está comprometida de forma alguma com a definição normativa dos interesses transindividuais. Sua preocupação está muito mais - ou tão só - direcionada para a formação de uma ordem jurídica do que para a sua materialidade conteudística. O seu direito social, produto dos grupos sociais, constituiria, assim, uma ordem qualificada por sua origem, muito embora seu conteúdo - individual ou coletivo - restasse em aberto, sujeito aos fatos normativos originários, apesar de sua pretensão em construir toda uma legalidade própria aos direitos sociais tradicionais ligados aos conteúdos das relações de produção e seus consectários, em especial os aspectos da seguridade social, como se percebe de sua obra *La Déclaration des Droits Sociaux*.

Por outro lado, é de se anotar o caráter não-sancionador adotado na idéia de direito social e que está presente na normatividade própria do Estado do Bem-Eestar, que privilegia a promoção, o prêmio, a educação, etc., ao invés da sanção, do castigo, da punição. Claro está que isto não significa pensar-se em uma harmonização social em que, a descoberta de uma normatividade compartilhada

teria o condão de trazer todos à vida comum de atuação conforme ao Direito, o que permitiria falar-se no desaparecimento deste por sua absoluta falta de objeto, pois, sendo seu objetivo o enquadramento das ações desviantes, no sentido de dar cumprimento à previsão normativa, o agir universal conforme à norma enfraqueceria fortemente o seu papel.

Assim sendo, a emergência e o aprofundamento dos interesses transindividuais (re)coloca o debate acerca de uma dicotomia entre direito estatal e um(ns) direito(s) social(is). À dificuldade de se pensar um direito estatal que não seja social, sobretudo nos limites de um Estado Democrático, soma-se a perspectiva de uma apropriação pelo direito estatal de características antes exclusivas da juridicidade social.

O direito estatal passa a lidar com interesses de coletividades determinadas ou não. Tais interesses transindividuais trazem para este uma nova feição que maximiza a relação entre a ordem jurídica estatal e aquilo que se poderia chamar de ordens jurídicas sociais. Há uma confluência entre ambas no sentido de que certos interesses juridicizados no/pelo Estado têm como característica fundamental a idéia de *comunidade, de comunhão, de vínculo, de partilha*, traços próprios do Direito Social.

Esta trajetória talvez já tenha sido anunciada com a regulação estatal da chamada *questão social*. Mas, sem dúvida, ela se aguça hoje com os novos interesses transindividuais, em especial com os difusos, ligados que estão à idéia de qualidade de vida, tais como aqueles próprios às relações ambientais - sendo meio-

ambiente assumido em seu conceito ampliado -, bem como à releitura que se faz de outros direitos já clássicos, em específico a saúde, pensada no interior do direito ao desenvolvimento característico de uma pertinência comum e construindo uma idéia de vida saudável que não mais está atrelada a uma pretensão individual de cura ou a uma pretensão comum de evitar a doença, mas uma comunhão de promoção onde não há lugar para individualidades exclusivistas.

O egoísmo do direito individual cede lugar ao compartilhar do direito social apropriado pelo direito estatal em sentido maximizado.

Ou seja: uma característica que diferencia o direito social do direito estatal, incorporada neste passa a identificá-los e, com isso, a uní-los sob o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Quando se falava de um direito estatal identificado ao direito individual, talvez fizesse sentido distingui-lo de um direito social próprio das coletividades e com características diversas. Hoje, o direito estatal incorporou os interesses transindividuais, através da transformação do Estado e do alargamento da democratização, logo, como permanecer nesta separação?

Por outro lado, se pensarmos nos direitos sociais - ligados às relações de produção - hoje vigorantes, percebemos que em muitos casos eles referendam o caráter mais rechaçado do direito individual, qual seja o egoísmo, quando assumidos corporativamente. Tais direitos sociais tradicionalmente assegurados são, isto sim, direitos coletivos de fachada, na medida em que assumem as feições próprias dos

interesses individuais, apenas sob a roupagem de coletividades de sujeitos que dão vida a uma "individualidade coletiva", em nada identificáveis aos interesses difusos caracterizados, estes, por uma indeterminação democrática.

Há uma total incompatibilidade em se pensar o próprio direito estatal separado da coletividade, da sociedade. Há, isto sim, na esteira de Gurvitch, lugar para um direito social condensado como direito estatal reflexo do direito comunitário, diverso do Direito Comunitário característico, e.g., da União Européia. Ou seja: em uma sociedade democrática o direito estatal é o próprio direito social, na medida em que as instituições funcionam e reproduzem as pretensões da comunidade.

A trajetória histórica parece apontar uma característica de *busca de reconhecimento* das conquistas sociais, incorporando-as à normatividade estatal, como forma de garanti-las a todos e não apenas, maniqueísticamente, como instrumento de neutralização das mesmas.

De certa maneira, há uma confluência entre Direito e Sociedade e não uma separação, mesmo que se reconheça as tentativas ou ocorrências de construção de outras ordens jurídicas diversas da estatal.

O papel desempenhado pelo Estado de Direito, desta forma, retoma sua essencialidade na contemporaneidade, até mesmo como uma postura estratégica para assegurar conquistas duramente atingidas. Mas, mais do que isto, a elaboração do conceito de Estado Democrático de Direito implica falar-se na convivência entre

Democracia e Direito, sendo que a este cabe dar forma àquela, sofrendo os influxos inerentes ao caráter aberto da mesma, o que reforça a convicção da possibilidade de reutilização da idéia de um direito social condensado, não como categoria vazia ou delimitada pelo âmbito restritivo das relações de produção e suas adjacências, mas, isto sim, como referencial teórico de uma realidade prática.

2. Por outro lado, o arraigamento dos interesses transindividuais, em especial os de natureza difusa, permite vislumbrar novas perspectivas que se abrem com as relações que se estabelecem entre aqueles e a ordem jurídica, chegando-se a falar em uma *integração conjuntiva* - no sentido de uma vinculação estrutural entre os interesses transindividuais e sua regulação normativa nos limites da ordem jurídica estatal - que imporia uma revisão de rumos à idéia de *homem mestre e possuidor da natureza*, que impregna o modelo civilista ocidental.

Figura típica deste ideário, o instituto jurídico da *propriedade privada* reflete fielmente a concepção de homem sujeito plenipotenciário em relação à natureza que o circunda. Da propriedade, figura mestre dos direitos reais - vide art. 524 do Código Civil Brasileiro² - tira-se o conteúdo do que será a relação do homem com o objeto do seu direito, o qual tanto poderá ser um objeto inanimado, como um outro ser vivo, quiça, com já ocorrido, um outro homem - como, e.g., no período escravagista. Do controle do mundo pela propriedade, chega-se à possibilidade de sua destruição:

² Art. 524 - A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

C'est à dire qu'il peut s'en priver, juridiquement, par don, vent ou legs, mais même physiquement: il a le droit de les détruire, brûler, jeter, tuer: en anéantissant sa chose, désormais indisponible pour quiconque, le propriétaire exerce sa maîtrise de la manière la plus absolue.³

A absolutização da propriedade demonstra a absolutização do egoísmo juridicamente protegido. Os interesses difusos dependem necessariamente da alteração desta relação utilitária/exclusivista/individualista para produzirem um novo vínculo baseado no compromisso comum.

No caso específico da propriedade, uma perspectiva de minimização dos seus efeitos perversos se apresenta com a incorporação do conceito de função social, quando esta precisa, para se legitimar, cumprir uma determinada finalidade difusa. Todavia, o conteúdo próprio a este direito - real - permanece inalterado e sua porção individual - propriedade - parece prosperar por sobre seu aspecto difuso - função social -, malgrado sua normatização constitucional.

Este quadro jurídico se retroalimenta de uma forma dicotômica. Por um lado temos um aspecto epistemológico de domínio de uma dogmática cristalizada na idéia de controle da natureza; por outro, algo pragmático que se vincula muitas vezes - em especial nos países do terceiro mundo, ou do mundo exterior ao Primeiro Mundo ou, ainda, os *fora do mundo*, onde eventualmente pode até mesmo justificar-se - à necessidade de manutenção e aprofundamento da atividade econômica como

³ Remond-Gouilloud, *Du Droit de Détruire*, p. 12

forma de garantia da sobrevivência. Este segundo aspecto, embora goze desta atenuante falsificada⁴, implica na impossibilidade de fazer cessar a atividade prejudicial e no acomodamento do conflito através de soluções paliativas e parciais.

Evidentemente que, aqui, nos colocamos em um impasse de proporções avantajadas. Um viés de nossa trajetória nos leva a repisar uma constatação a muitas reprises feita, ou seja, reafirmar os aspectos permissivos da formulação individual-egoística do Direito. As vias abertas, entretanto, pelas formulações inovadoras, apesar de sua grande importância, não obtiveram, ainda, o *status* de um paradigma jurídico novo, pois, muitas vezes, deixam entreabertas as portas de sua reincorporação pelo modelo tradicional dominante.⁵

Embora estejamos colocados em uma encruzilhada que poderíamos chamar jurídico-epistemológica, podemos dizer que a trilha aberta pelos interesses difusos propõe questões de tal agudeza que nos impõem pensar não só em novos mecanismos para um direito tradicional mas, muito mais, em uma formulação jurídica assentada sob novas bases.

A construção desta idéia implica a transposição do paradigma jurídico clássico, passando a priorizar uma ordem de interesses difusos que, como ficou

⁴ Aqui, um outro vício epistemológico tem lugar marcado, qual seja, o de fazer crer que o modelo desenvolvimentista praticado é o único verdadeiramente eficaz e compatível com as necessidades da sociedade industrial.

⁵ Nos dois aspectos referidos - função social da propriedade e recomposição do meio ambiente degradado - temos, no primeiro, seu atrelamento à manutenção da apropriação individualizada de caráter absoluto, onde permaneceria a possibilidade de destruição do objeto; no segundo, como ocorre com a indenizabilidade do prejuízo, remanesce, muitas vezes, a idéia mercantil de compra do *direito de degradar*.

expresso anteriormente, se referem a um conjunto inapreensível quantitativamente e que, projetando-se ao infinito, pode significar o interesse da espécie humana em sua própria manutenção e, qualitativamente, representam a reversão completa do quadro de paixões e interesses propostos nos últimos séculos por toda uma visão utilitária de mundo.⁶

Neste sentido, este Direito tenderá a um aprofundamento radical da idéia de uma juridicidade calcada em alguma base de comunhão e de promoção de condutas e, ainda, inevitavelmente atrelado a uma ordem democrática. Certamente, uma nova ordem jurídica pressupõe, conseqüentemente, a reeducação de seus operadores, desde aqueles ligados ao processo de produção de normas jurídicas até aqueles vinculados à sua aplicação, passando por todas as figuras integradas direta ou indiretamente na produção de sentido do Direito.

É bem verdade que, diga-se, esta postura vem acompanhada de uma plena confiança na *força do Direito*.⁷

⁶ Esta pretensa *universalização* dos interesses difusos não significa, contudo, a conquista de uma *paz universal e perpétua*, sequer uma univocidade totalizante. Por outro lado, significa que não podemos mais, em muitos casos, falar em interesses difusos limitados por algum padrão geográfico ou econômico - e.g., a quem interessa a preservação da floresta amazônica como *pulmão verde*? Poderíamos responder dizendo que seria aos índios que nela habitam, mas também aos seringueiros que pretendem uma exploração equilibrada, ou aos habitantes da região norte do Brasil, talvez aos brasileiros todos ou aos latino-americanos e, por fim, a todos os povos do planeta, em razão das funções vitais desempenhadas pelo seu ecossistema.

⁷ Ver, a respeito, coletânea de texto: BOURETZ, Pierre(dir.). *La Force du Droit. Panorama des Débats Contemporains*. Paris: Esprit. 1991. Em especial o texto que dá nome ao livro, *La Force du Droit*, de autoria de Pierre Bouretz, pp. 9-38.

3. Deve-se repensar, ainda, na transformação sofrida pelo Direito no tocante aos aspectos processuais, aos mecanismos de reforço que objetivam o cumprimento das normas.

Além da alteração radical sofrida pelo caráter sancionador do Direito estatal tradicional, passando a adotar medidas positivas visando a adequação da conduta humana à sua previsão legal - o prêmio, a promoção, o ganho, o benefício, etc. -, deve-se apontar, ainda, o recorrente debate acerca dos novos mecanismos buscados construir para permitir que seja levado ao Judiciário o conhecimento de litígios versando situações relativas aos interesses transindividuais.

Assim, apontou-se ao longo do trabalho a emergência de novos instrumentos - a ação civil pública, o mandado de segurança coletivo, o habeas-data, etc. - o aprofundamento de antigos - caso da ação popular - ou, simplesmente, a incorporação de novos atores - os grupos em sentido amplo - titularizando a representação destes interesses.

O que se observa é que, para além dos novos conteúdos e, mesmo, em razão deles, surgem novos instrumentos e atores.

A ocorrência, contudo, de uma nova gama de conflituosidade tem, ainda, neste espectro dois viéses de análise.

O primeiro corresponde à novidade que este tipo de litigiosidade aporta, levando os operadores jurídicos tradicionais a sofrerem o baque de suas inaptidões

tecnológicas para lidarem com estes novos conteúdos, acostumados que estamos a resolver o conflito entre Caio e Tício, indivíduos singulares, atribuindo a um deles o benefício a ser desfrutado e, com isso, negando-lhe ao outro. Ou, quando tal solução é impossível, convertendo o bem pretendido em equivalente financeiro.

O segundo, é o crescimento objetivo do número de litígios que, ladeado pelo apontado acima, ou seja, a complexificação das demandas, significa o agigantamento da crise do Judiciário tradicional diante da incapacidade e insuficiência funcional para propor respostas eficientes para as demandas que lhe são propostas.

Ou seja: a emergência destes novos interesses, pelo seu ineditismo e complexidade, somados à crise operacional do modelo de justiça tradicional, conduz à indispensabilidade de se pensar novos métodos para a resolução dos conflitos que os envolvem.

Neste sentido é que seria possível pensar a viabilidade de utilizar-se instrumentos não conflituais para a composição de divergências ocorridas no âmbito dos interesses transindividuais, sobretudo no que tange aos interesses difusos.

As perspectivas abertas por uma postura, onde o consenso assume papel central, permitem supor caminhos possíveis, mesmo que ambivalentes.⁸

⁸ A reforma do Código de Processo Civil efetivada no Brasil instituiu mecanismos de conciliação no âmbito da jurisdição - caso da audiência preliminar (art. 331 do CPC com a redação dada pela Lei 8952/94), a determinação de realização de tentativa de conciliação no momento da audiência de instrução e julgamento permaneceu intocada - assim como incorporou alternativas extrajudiciais para a solução de pendência relativa a obrigação em dinheiro, quando o devedor poderá depositar em estabelecimento bancário a quantia devida, cientificando o credor para recebê-la (art. 890, § 1º com a redação imposta pela Lei 8951/94). Na Justiça do

Podemos vislumbrar o viés aberto por uma nova mecânica de resolução de conflitos fundada na descentralização, na desprofissionalização, na deslegalização, permitindo prever o desenvolvimento de modos desvinculados de regulação de litígios, bem como a reapropriação cidadã da gestão de conflitos. Esta via nos conduziria à reconstituição de lugares de socialização, implicando os sujeitos nos mecanismos regulatórios, através de um intenso esforço de comunicação e de meios financeiros apropriados para assegurar sua durabilidade, além de permitir-lhes o debate direto acerca de pretensões comuns.

Parece alvissareira tal suposição. A perspectiva do consenso propugna a construção de uma nova Sociedade. Contudo, embora a elaboração de uma democracia consensualizada - uma estrutura comunicacional ao estilo habermasiano - possa parecer uma hipótese desejada, a assunção acrítica da mesma deixa aberta a porta para o retorno da horda.

Não podemos, em especial nos países periféricos, pressupor a construção da harmonia sustentada em uma faticidade tragicamente desigual. E, a desigualdade material se projeta na desigualdade simbólico-conjuntural e, sobre tal disparidade é impossível erguer-se a pretensão a uma regulação consensual das desavenças.

Estas assertivas, entretanto, não referendam uma crença profunda e inabalada nas fórmulas convencionais cristalizadas, bem como em seus consectários simplificados - vide, p. ex., os juizados especiais de pequenas causas. É evidente que

Trabalho também ocorre esta conciliação (arts. 847 e 850 da CLT), bem como nos Juizados Especiais de Pequenas Causas.

os mecanismos tradicionais não são suficientes e, sequer, eficientes mas, esta realidade não legitima a suposição de que o consenso pretendido obter através de práticas conciliatórias, se nos apresenta como o início de uma nova era, cuja leveza nos permita tratá-lo ingenuamente.

A complexidade de nossos conflitos não permite que os percebamos como se fossem meros desarranjos jurídicos necessitados de um qualquer instrumento, mesmo porque este nos mostra possuir uma outra complexidade, pois ele não é uma simples fórmula jurídico-jurisdicional. Antes de tudo é um projeto de vida, que implica na (re)construção da complexidade social, partindo de seus atores e passando por sua instituições.

4. Importa observar, ainda, que, tomado o Brasil como paradigma, ou seja, assumindo-se a perspectiva indicada pela normatividade produzida no âmbito do Estado brasileiro, percebe-se que convivemos com uma ordem jurídica que aponta na direção de uma tomada de posição frente à problemática transindividual, exemplificada pelo conteúdo geral da Constituição Federal de 1988 e por inúmeras regras infraconstitucionais, em especial aquelas cujo objetivo é o de instrumentalizar o cidadão e os demais legitimados - grupos sociais, associações, órgãos burocráticos do Estado, etc. - para a salvaguarda dos interesses assegurados materialmente, ou seja, as normas processuais.

Aqui, deve-se considerar um aspecto fundamental: se examinamos a construção normativa do Estado brasileiro e a confrontamos com os indicadores sócio-econômicos disponíveis, somos levados a considerar o descompasso que

caracteriza a realidade jurídico-normativa frente ao padrão de vida médio da sociedade. O que isto aponta!

Pode-se considerar que há uma capacidade inerente ao Direito em se projetar por sobre e à frente de uma realidade que insiste em não se coadunar com seus ditames ou a ele resta apenas seguir a reboque o curso da história? Por outro lado, questiona-se se há uma produção jurídico-normativa que aponta para a resolução sob novas bases dos problemas nacionais ou, se estas garantias são, após conquistadas, relegadas a *meros* mecanismos programáticos, sem condições de se imporem no dia-a-dia? O Direito persegue a realidade ou, pelo contrário, tem ele a/uma tarefa de antecipar e produzir o novo, impondo ao quotidiano o avanço no acompanhamento de um regramento produzido como anseio de transformação?

Tais interrogantes se colocam como inevitáveis para que se possa avançar no sentido da construção de uma compreensão do sentido jurídico construtivo que podem adquirir estes preceitos, impondo tanto ao Estado, quanto à Sociedade um agir compatível com os mesmos.

O exemplo apontado com a redefinição do conceito de saúde exprime com clareza o drama que se estabelece neste campo.

Se, por um lado, temos a elaboração de um modelo estatal - como Estado Democrático de Direito - que pressupõe a construção de uma sociedade solidária e o enfrentamento das questões materiais, individuais e coletivas, além da assunção do embate frente aos temas fundamentais da contemporaneidade, particularmente os

relativos à degradação ambiental e os provenientes das novas relações sociais e tecnológicas, e.g. relações de consumo e acesso a informações via processos informáticos, etc., por outro, há todo um processo de crise no qual está imerso o modelo do Estado do Bem-Estar.

Fala-se, neste sentido, em três crises que se seguem e que de certa forma convivem. Da crise financeira, que colocou em questionamento a capacidade de financiamento em níveis razoáveis dos serviços prestados pelo Estado, passou-se à crise ideológica que reivindica a interrogação frente às formas de organização e gestão destes mesmos serviços e chegou-se à crise filosófica, a qual vai propor a revisão de conceitos básicos próprios ao *Etat Providence*, como solidariedade e direitos sociais.⁹

O que se observa disso tudo é que, ao mesmo tempo em que se avança na conquista de resguardo jurídico para novos interesses e na redefinição mesmo do papel do Direito no seu asseguramento, são os próprios instrumentos utilizados para fazer face a tais pretensões que se vêem abalados em seus fundamentos, muito embora se tenha presente que o retorno ao passado, sob a fórmula do Estado Mínimo, seja uma estrada fechada. O exemplo dos governos Reagan e M. Thatcher - EUA e Grã-Bretanha - são elucidativos, porque paradigmáticos, para a percepção de que há como que padrões mínimos, os quais são impossíveis transpor. Sendo que, da mesma forma que se questiona até que ponto pode avançar o modelo do Estado do Bem-Estar Social e, assim mesmo, possa-se considerá-lo ainda um Estado Liberal,

⁹ Ver: ROSANVALON, Pierre. *La Nouvelle Question Sociale*, passim.

deve-se indagar o quanto se pode retirar do conteúdo normativo do Welfare state e, ainda, possa-se considerar um Estado como tal.

Se a democracia permite o avanço das demandas sociais, mesmo sob o risco real de que isto possa produzir os impasses que hoje se vislumbram, em razão mesmo das respostas produzidas¹⁰, será a mesma democracia que permitirá o encontro de alternativas suficientes e eficientes para a construção de um novo espaço social. O que parece inquestionável é que este estará caracterizado inevitavelmente por aqueles interesses que apontamos como transindividuais, na medida em que estes autorizam supor o reforço da solidariedade em função de comporem pretensões que vinculam os indivíduos diante de bens inevitavelmente comuns.

Talvez seja a construção desta consciência, que principia com o debate ecológico mas que avança, hoje, com a colonização de outros campos, a grande contribuição produzida por uma ordem jurídica que não esteja mais adstrita a definir a quem pertence determinado bem ou interesse, mesmo que seja privado ou público, mas que objetive o controle público de bens ou interesses que não possam ser apropriados individualmente sob pena de estarem perdidos para todos.

Aqui, é importante reafirmar alguns pressupostos. Entre eles está o de que, a partir desta constatação, tem-se como inarredável a importância do Direito como mecanismo de resolução de conflitos em razão, particularmente, de sua

¹⁰ Ver, a respeito: BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia. Uma Defesa das Regras do Jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986. Em especial, cap. I - O Futuro da Democracia, pp. 17-41.

legitimidade procedimental¹¹ que, entretanto, não fica desconectada das garantias próprias dos direitos fundamentais, no sentido de que à formalidade do procedimento jurídico adere o respeito a um conteúdo mínimo possibilitador do próprio embate mediatizado pelo Direito.

Entretanto, para além destes requisitos já consolidados, abrem-se condicionantes inerentes à contemporaneidade dos interesses transindividuais e às características que os mesmos aportam para o campo jurídico.

Há que se apontar para a compreensão de que à conquista de direitos vinculam-se responsabilidades inerentes ao carácter comunitário destes novos interesses. Aqui, estão referidos os nominados direitos humanos de terceira geração, os tais direitos de solidariedade, que englobam o respeito ao meio-ambiente, o direito ao desenvolvimento, à paz, aos recursos e benefícios comuns da humanidade, etc., e implicam, sobretudo, responsabilidades coletivas, ao invés de prerrogativas individuais.

Este reforço de aspectos solidários próprios da juridicidade contemporânea relativa aos interesses transindividuais, apresentados acima como

¹¹ OST, François. *Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*. in BOURETZ, Pierre, op. cit., pp. 241-272. Diz F. Ost: *Quel que soit le contenu matériel des solutions qu'il impose, le droit est avant tout une procédure de discussion publique raisonnable, un mode de solution des conflits équitable et contradictoire*. (p. 266). Ainda: *La procédure juridique, parlementaire et judiciaire, aménage, au propre et au figuré, l'espace de la controverse; elle assure la mise en scène, ou la mise en discours, de la contestation, de la dissidence, de la défense. Elle rend visible la division sociale et propose les voies argumentatives pour la rendre négociable. Tels sont assurément le mérite essentiel et la radicale originalité de la démocratie. Telle est aussi la vertu de l'intervention du juge dans le conflit. Plus encore que le mérite intrinsèque de la décision qu'il serait amené à prendre, c'est l'interposition qu'il espère au coeur d'un rapport de force qui fait sa légitimité*. (p. 267)

direitos humanos de terceira geração, leva ao convencimento da inevitabilidade do estabelecimento de uma normatividade compartilhada frente ao asseguramento dos tais benefícios que pertencem a todos e a ninguém simultaneamente.

A aceitação deste quadro impõe considerar que

Une telle régulation n'a pas la moindre chance de s'imposer si elle ne peut prendre appui sur une conscience éthique élargie aux dimensions de la communauté universelle. Élargir la démocratie à la taille de la cité mondiale, tout en ménageant le sort des générations futures, constitue l'enjeu le plus considérable du droit postmoderne.¹²

5. Com estas assertivas, pode-se propor, em síntese, uma abordagem da ordem jurídica brasileira, significativamente no transcurso da década de 1980, evidenciando que esta se construiu e consolidou como uma normatividade estatal assentada em bases democráticas, na qual aprofundou-se a elaboração de um modelo normativo próprio ao Estado Democrático de Direito, configurado, para além da consagração tradicional dos direitos fundamentais, pela positivação de normas de direitos de solidariedade que incutem um perfil próprio ao instrumento legislativo básico do País, a Constituição Federal Brasileira de 1988.

¹² id. ibib., p. 270.

Esta tomada de posição deve ser considerada quando se pretenda fazer uma hermenêutica segura do texto constitucional pátrio em seu conjunto.¹³

6. Pode-se dizer, então, que:

a. Há, no último século particularmente, uma transformação de conteúdo que atinge o Estado, passando, este, a constituir-se como Estado Democrático de Direito;

b. O Direito produzido no âmbito deste Estado incorpora novas problemáticas que não dizem respeito a indivíduos isolados, mas a grupos indeterminados deles;

c. No debate teórico constrói-se a figura do direito social que, para além do pluralismo de ordens que projeta e avançando, ainda, por sobre o seu espectro de regulação da *questão social em sentido estrito*, introduz a idéia de direitos que são usufruídos em conjunto, cujo prejuízo também é compartilhado;

d. A sobreposição destas proposições refere a possibilidade de se pensar uma ordem jurídica que se apresenta ao mesmo tempo como garantidora destes novos interesses e como propulsora de um sentido de compartilhamento de ganhos e perdas e, no limite, de uma compreensão das responsabilidades partilhadas.

¹³ Ver Capítulo IV desta Tese.

e. A Constituição Federal de 1988 incorpora e patrocina esta postura, o que implica em uma adequação hierárquica da ordem jurídica e da prática jurídico-social a estes parâmetros. Daí a importância que assume o resgate e estudo do Direito Público, particularmente o Direito Constitucional.¹⁴

A recuperação deste irá se dar tendo que ultrapassar, no Brasil, dois obstáculos muito fortes, um de ordem estrutural e outro de ordem conjuntural. O primeiro se refere ao apego civil-privatista próprio à tradição do Direito Romano e à linhagem ocidental da qual somos seguidores.

O último, de origem conjuntural, pode ser subdividido em dois momentos distintos da ordem jurídica brasileira. Em primeiro lugar é de lembrar a constante inviabilização do Estado de Direito pelos recorrentes períodos de *exceção* autoritários, os quais, como não poderia deixar de ser, não primam pelo privilegiamento das garantias próprias ao constitucionalismo e, sequer incorporam a rigidez e respeito hierárquico que lhe caracterizam.¹⁵

Por outro lado, nos dias atuais, o desprestígio constitucional parece assumir outro feitiço, aquele fruto do projeto neoliberal que objetiva a *desconstitucionalização* do País ou, a *flexibilização de conteúdos* tradicionalmente

¹⁴ Deve-se ter claro, neste momento, que a referência aqui feita é ao Direito e, não ao Judiciário como organização da função jurisdicional do Estado brasileiro. No campo do Poder Jurisdicional do Estado muito há que se fazer para repensar sua credibilidade.

¹⁵ Lembremos, e.g., o constitucionalismo pós-64, assim como, no caso específico da regulação da questão social, a sua origem na Constituição de 1937, fruto de mais um regime autoritário.

inseridos no texto da Carta Magna, desde o momento em que se pretendeu produzir uma legislação identificada com o modelo do Estado do Bem-Estar Social.¹⁶

f. Por fim, no âmbito da teoria política, é justo supor-se que este debate pressupõe a construção de uma cidadania que reflita este caráter compromissório de um cotidiano fruto do agir de cada um no resguardo do benefício de todos, contemporâneos ou não.¹⁷

¹⁶ Veja-se os discursos recorrentes das autoridades políticas brasileiras, em especial a partir do passageiro governo Collor e, mesmo, logo após a promulgação da Carta de 1988.

¹⁷ A proposta de uma *eco-cidadania*, formulada por Luis Alberto Warat pode significar um caminho possível para se trilhar nesta perspectiva. Veja-se, deste autor: *Eco-Cidadania e Direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação*. Revista Sequência, n. 28, 1994, pp. 96-110. Também: SERRANO MORENO, Jose Luis. *Ecología y Derecho: principios de derecho ambiental y ecología jurídica*. Granada: Comares, 1992. LASCOUMES, Pierre. *L'Éco-Pouvoir: environnements et politiques*. Paris: La Découverte, 1994.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ADAIR, Philippe. *La Théorie de la Justice de John Rawls. Contrat Social versus Utilitarisme*. **Revue Française de Science Politique**, Paris, v. 41, n. 1. pp. 81-96, 1991.
2. AFFICHARD, Joëlle e FOUCAULD, Jean-Baptiste de (dirs.) *Justice Sociale et Inégalités*. Paris: Esprit, 1992. 270 p.
3. AJUP/FASE. *Pela Democratização do Judiciário. Seminários 7*. Rio de Janeiro: FASE, 1987. 29p
4. ALVES, Alair Caffé. *Estado e Direito: estrutura, formas e ilusões da sociedade real*. **Revista OAB**, Brasília, n. 48, pp.
5. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Renovar, 1990. 339 p.
6. ARAUJO, Rosalina Corrêa de. *Direitos da Natureza no Brasil*. Rio de Janeiro: Liber Juris. 1992. 188 p.
7. ARNAUD, André-Jean. *Critique de la Raison Juridique. 1 - Où va la Sociologie du Droit?* Paris: L.G.D.J., 1981. 466 p.
8. ARNÉ, Serge. *Exist-t-il des Normes Supra-Constitutionnelles? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité*. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger**, Paris, n. 2, pp. 459-512, 1993. .
9. ASHFORD, Douglas E. *L'État-Providence a travers l'Étude Comparative des Institutions*. **Revue Française de Science Politique**, Paris, v. 39, n. 3, pp. 276-95, 1989.
10. BARBOSA, Julio C. Tadeu. *O Que é Justiça*. São Paulo: Brasiliense, 1983.
11. BARCELLONA, Pietro. *Le Retour du Lien Social*. Castelnau le Lez: Climats, 1993. 181 p.

12. BARRET-KRIEGEL, Blandine. *De l'Anti-Étatisme à l'Antijuridisme*. **Revue Esprit**, Paris, n. 39, pp. 38-46, 1980. .
13. _____ . *L'Etat et les Esclaves*. Paris: Payot. 1989. 283 p.
14. BASTOS, Celso Ribeiro. *A Tutela dos Interesses Difusos no Direito Constitucional Brasileiro*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 23, 1986.
15. BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Yves Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 01, São Paulo: Saraiva, 1988. 466 p.
16. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Direito Processual das Coletividades e dos Grupos*. 2ª ed. São Paulo: LTr, 1992. 384 p.
17. BELLEY, Jean-Guy. *Georges Gurvitch et les Professionnels de la Pensée Juridique*. **Revue Droit et Société**, Paris, v. 4, pp. 353-71, 1986.
18. BÉNARD, Véronique. *Dossier - Le Pouvoir Consommateur*. Problèmes Politiques et Sociaux. Paris: La Documentation Française, n. 561. 1987. 40 p.
19. BEZNOS, Clovis. *Ação Popular e Ação Civil Pública*. São Paulo: RT, 1989. 47 p.
20. _____ . *Procuradoria Geral do Estado e Defesa dos Interesses Públicos*. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 93. pp. 137-141, 1990.
21. BERTI, Giorgio. *Diritto e Stato: riflessioni sul cambiamento*. Padova: CEDAM, 1986. 461 p.
22. BIZEAU, Jean-Pierre. *Pluralisme et Démocratie*. **Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger**, Paris, n. 2, pp. 513-42, 1993.
23. BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1988. 100 p.
24. _____ . *O Futuro da Democracia: uma defesa das regras do jogo*. São Paulo: Paz e Terra, 1986. 171 p.

25. _____ . *A Teoria das Formas de Governo*. 4ª ed. Brasília: UnB, 1985. 179 p.
26. _____ . *Estado, Governo e Sociedade: para uma teoria geral da política*. São Paulo: Paz e Terra, 1987. 173 p.
27. _____ . *Teoria do Ordenamento Jurídico*. São Paulo: Pólis, 1989. 184 p.
28. _____ . *Teoria del Ordinamento Giuridico*. Torino: Giappichelli. 1960. 218 p.
29. _____ . *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217 p.
30. _____ . *Direito e Estado no Pensamento de I. Kant*. Brasília: UnB, 1984. 168 p.
31. _____ . *Dalla Struttura alla Funzione: nuovi studi di teoria del diritto*. Milano: Comunità, 1977. 278 p.
32. BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*. Brasília: UnB, 1986. 1318 p.
33. BOISMENU, Gérard e GLEIZAL, Jean-Jacques. *Les Mécanismes de Régulation Social: la justice, l'administration, la police*. Lyon: Boréal/PUL, 1988. 257 p.
34. BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *La Médiation: une justice douce*. Paris: Syros, 1992. 279 p.
35. _____ . *La Part et le rôle Joués par les Modes Informels de Règlement des Litiges dans le Développement d'un Pluralisme Judiciaire (Étude Comparative France-USA)*. *Droit et Société - Revue Internationale de Théorie du Droit et de Sociologie Juridique*. Paris, n. 6, pp. 263-82. 1987.
36. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 553 p.
37. _____ . *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1980. 240 p.

38. _____ *Teoria do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995. 379 p.
39. BOURETZ, Pierre (dir.). *La Force du Droit. Panorama des Débats Contemporains*. Paris: Esprit, 1991. 274 p.
40. BOURGOIGNIE, Thierry. *Éléments pour une Théorie du Droit de la Consommation*. Louvain-la-Neuve: Centre de Droit de la Consommation, 1988. 564 p.
41. BUARQUE, Cristóvam. *Qualidade de Vida: a modernização da utopia*. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 31, pp. 157-65, 1993.
42. CAIS, Cleide Previtalli. *Proteção Constitucional do Meio Ambiente - Função Social da Propriedade (operacionalização processual)*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 89, pp. 109-28, 1989.
43. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Ed., 1991. 310 p.
44. CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O Judiciário e a Democracia no Brasil*. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, pp. 116-25, 1994.
45. CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologia, Sociedad*. Buenos Aires: Europa-América, 1974. 638 p.
46. _____. *Formações Sociais e Interesses Coletivos Diante da Justiça Civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5. pp.128-59, 1977.
47. _____. *Acesso à Justiça*. *Revista do Ministério Público - nova fase*, Porto Alegre, n. 18, pp.8-26, 1985.
48. _____ (dir.). *Accès a la Justice et État-Providence*. Paris: Economica, 1984. 361 p.
49. _____. *Le Pouvoir des Juges*. Paris: Economica/P.U. d'Aix-Marseille, 1990. 397 p.
50. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988. 168 p.

51. CARBONNIER, Jean. *Gurvitch et les Juristes*. **Revue Droit et Société**, Paris, v.4, pp. 347-51, 1986.
- _____. *Réflexion sur la Médiation*. in **La Médiation: un mode alternatif de résolution des conflits**. Lausanne: Institut Suisse de Droit Comparé, pp. 11-21. 1992.
52. CHARBONNEAU, Simon. *L'État et le Droit de l'Environnement*. **Revue Esprit**, Paris, n. 10, pp. 392-407, 1976.
53. CHEVALLIER, Jacques. *La Fin de l'État-Providence*. **Revue Projet**, Vanves, n. 143, pp. 262-73, 1980.
54. _____. *L'État de Droit*. Col. Clefs. 2^a ed. Paris: Montchrestien. 1994. 158 p.
55. COLAS, Dominique. *L'État de Droit*. Paris: PUF, 1987. 254 p.
56. COMMAILLE, Jacques. *Sociologia de las Formas de Justicia*. **Anuario Vasco de Sociología del Derecho**, San Sebastián, n. 3, pp. 59-86, 1991.
57. COTRIM NETO, A. B. *A Crise do Estado de Direito e Social e a Constituição Federal*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 29, n. 113, pp. 15-24, 1992.
58. CRAMER, Robert. *Éléments Biographiques et Bibliographiques pour une Étude de l'Apport de Georges Gurvitch à la Théorie et à la Sociologie du Droit*. **Revue Droit et Société**, Paris, v. 4, pp. 373-80, 1986.
59. CUENCA, Encarnacion Carmona. *Las Normas Constitucionales de Contenido Social: delimitacion y problematica de su eficacia juridica*. **Revista de Estudios Políticos**, Madrid, n. 76, pp. 103-25, 1992.
60. CUNHA, Sérgio Sérvulo da (org.). *Revisão Constitucional. Aspectos Jurídicos, Políticos e Éticos*. Porto Alegre: S.A.Fabris, 1993. 112 p.
61. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 14^a ed. São Paulo: Saraiva, 1989. 259 p.

- 62.DALLARI, Sueli Gandolfi. *Os Estados Brasileiros e o Direito à Saúde*. São Paulo: HUCITEC, 1995. 133 p.
- 63.DEJOURS, Christophe. *A Loucura do Trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho*. 2ª ed. São Paulo: Cortez-Oboré. 1987.
- 64.DENTI, Vittorio. *Il Processo come Alienazione*. **Rivista Sociologia del Diritto**, Milano, v. 1, pp. 149-58, 1976.
- 65.DEZEUZE, Guilhem. *Transformation de la Sphère Publique et Passage à la Citoyenneté: les Maisons de la Justice et du Droit à l'Île de la Réunion*. **Caheir du CERTE**, n. 18, pp. 42-49, 1994.
- 66.DÍAS, Elias. *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Madrid: Editora Cadernos Para el Diálogo, 1973.
- 67.DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: RT, 1989. 153 p.
- 68._____. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. v. 1. São Paulo: Saraiva. 1990.
- 69.DOTTI, René Ariel. *A Atuação do Ministério Público na Proteção dos Interesses Difusos*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a 23, n. 90, pp. 177-204, 1986.
- 70.DONATI, Pierpaolo. *Risposte alla Crisi dello Stato Sociale. Le nuove politiche sociali in prospettiva sociologica*. Millano: Franco Angeli, 1984. 310 p.
- 71.DONZELOT, Jacques. *L'Invention du Social. Essai sur le déclin des passions politiques*. Paris: Fayard, 1984. 264 p.
- 72.DRAIBE, Sonia e HENRIQUE, Wilnes. *"Welfare state" Crise e Gestão da Crise: um balanço da literatura internacional*. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, n. 6, pp. 53-78, 1988.
- 73.EWALD, François. *L'État Providence*. Paris: Grasset. 1986. 608 p.

74. _____ *Le Droit du Droit. Archives de Philosophie du Droit*, Paris, t.31, Le Système Juridique, pp. 245-59, 1986.
75. FARIA, Jose Eduardo Campos de Oliveira. *Justiça e Conflito*. São Paulo: RT, 1991. 158 p.
76. _____. *O Brasil Pós-constituente*. Rio de Janeiro: Graal, 1989. 110 p.
77. _____. *Eficácia Jurídica e Violência Simbólica: o direito como instrumento de transformação social*. São Paulo: Edusp, 1988. 192 p.
78. _____. *Direito e Justiça*. São Paulo: Atica, 1989. 205 p.
79. _____. *A Magistratura em Face dos Conflitos Coletivos. Revista da PGE*. São Paulo, pp. 137-70, 1989.
80. _____. *A Efetividade do Direito na Pós-Transição Democrática*. Oñati, IISL, 1993. 27 p. (Mimeo.)
81. _____. *Direito e Economia na Democratização Brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. 167 p.
82. _____. *Retórica Política e Ideologia Democrática: a legitimação do discurso jurídico liberal*. Tese de Livre-Docência. São Paulo: USP, 1982. 422 p.
83. _____ (org.). *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. 155 p.
84. _____. *O Desafio do Judiciário. Revista USP*, São Paulo, n. 21, pp. 46-57, 1994.
85. FAVRETTO, Anna Rosa. *Dal Pluralismo dei Rapporti Sociali al pluralismo delle Normatività. Individui e Diritto in Tönnies e Gurvitch. Sociologia del Diritto*, Milano, n.3, pp. 55-76, 1992.
86. FERRAZ JR. Tercio Sampaio. *Interpretação e Estudos da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1990. 138 p.

87. _____. *Introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Atlas. 1990.
88. _____ et all. *Constituição de 1988: legitimidade, vigência e eficácia, supremacia*. São Paulo: Atlas. 1989. 132 p.
89. FERRAZ, Sergio. *Meio Ambiente*. **Revista de Direito Público**. São Paulo, n. 96. pp. 201-05, 1990.
90. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Direitos Difusos e Coletivos*. São Paulo: RT, 1989. 45 p.
91. _____. *Perfil do Mandado de Segurança Coletivo*. São Paulo: RT, 1989. 40 p.
92. _____. *Interesses Difusos na Futura Constituição*. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 82. pp. 111-14, 1987.
93. _____. *Direitos Difusos na Constituição de 1988*. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n. 88. pp. 103-07, 1988.
94. FREITAS JR. Antonio Rodrigues de. *Direito do Trabalho e Mudança Constitucional: os direitos sociais como condição da democracia*. **Revista LTr**, São Paulo, n. 7, pp. 1398-412, 1988.
95. GAMEL, Claude. *Économie de la Justice Sociale. Repères éthiques du capitalisme*. Paris: Cujas, 1992. 135 p.
96. GARCIA-PELAYO, Manuel. *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*. 3 ed., Madrid: Alianza, 1982. 211 p.
97. GRINOVER, Ada Pelegri. *A Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, nº 30, pp.72-99, 1984.
98. _____. *Novas Tendências na Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos*. **Revista AJURIS**, Porto Alegre, n. 31, pp.80-108, 1984.
99. _____. *Novas Tendências do Direito Processual*. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

100. _____ (org.). *A Tutela dos Interesses Difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.
101. _____ et all. *Participação e Processo*. São Paulo: RT, 1988. 416 p.
102. _____. *Mandado de Segurança Coletivo: legitimação e objeto*. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 93, pp. 18-22, 1990.
103. _____. *Ações Coletivas para a Tutela do Ambiente e dos Consumidores (Lei 7347, de 24.7.85)*. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 36, pp. 7-22, 1986.
104. GURVITCH, Georges. *Expérience Juridique et Philosophie Pluraliste du Droit*. Paris: Pédone, 1935.
105. _____. *L'Idée du Droit Social. Notion et Système du Droit Social. Histoire Doctrinale depuis le XVIIème. Siècle jusqu'à la Fin du XIXème Siècle*. Paris: Recueil Sirey, 1931. 710 p.
106. _____. *Le Temps Présent et L'Idée du Droit Social*. Paris: J. Vrin, 1931. 336 p.
107. _____. *La Déclaration des Droits Sociaux*. Paris: J. Vrin, 1946. 174 p.
108. _____. *Sociology of Law*. New York: Philosophical Library and Alliance Book Corporation, 1942. 309 p.
109. _____. *Sociologia del Derecho*. Trad. Angela Romera Vera. Rosario: Editorial Rosario, 1945. 342 p.
110. _____. (org.) *Traité de Sociologie*. 2 vols. Paris: PUF. v.1 - 1958 e v.2 - 1960.

111. _____.(org.)*Tratado de Sociologia*. v. 2. Lisboa: Iniciativas Editoriais, 1968. 676 p.
- 112.HABERMAS, Jurgem. *A Nova Intransparência: a crise do estado de bem-estar e o esgotamento das energias utópicas*. **Revista Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 18, pp.103-14,1987.
113. _____. *Écrits Politiques: culture, droit, histoire*. Paris: CERF, 1990. 268 p.
114. _____. *Teoria de la Acción Comunicativa*. v.I Racionalidad de la Acción y Racionalización Social (517 p.); v.II Crítica de la Razón Funcionalista (618 p.). Madrid, Taurus. 1987.
115. _____. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. 397 p.
116. _____. *Morale, Diritto, Política*. Torino: Einaudi. 1992. 158 p.
- 117.HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1983.
- 118.HOWARD, A. E. Dick. *Les Droits et la Constitution. La protection judiciaire des droits sociaux en droit constitutionnel américain*. **Revue Française de Science Politique**, Paris, v. 40, n. 2, pp. 173-91, 1990.
- 119.LACEY, Nicola. *Theories of Justice and the Welfare State*. **Social & Legal Studies**, London, v. 1, n. 3, pp. 323-44, 1992.
- 120.LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 1989. 406 p.
- 121.LASCOUMES, Pierre. *Normes Juridiques et Mise en Oeuvre des Politiques Publiques*. **L'Année Sociologique**, Paris, v. 40, pp. 43-71, 1990.
122. _____. *L'Éco-Pouvoir. Environnements et Politiques*. Paris: La Découvert. 1994. 320 p.

- 123.LEFORT, Claude. *Pensando o Político: ensaios sobre a democracia, revolução e liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. 331 p.
- 124._____. *A Invenção Democrática: os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense, 1983. 247 p.
- 125.LIBSTER, Maurício. *Delitos Ecológicos*. Buenos Aires: DEPALMA, 1993. 311 p.
- 126.LOCKE, John. *Segundo Tratado sobre o Governo Civil*. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1983.
- 127.LOPES, Jose Reinaldo de Lima. *Justiça e Poder Judiciário ou A Virtude Confronta a Instituição*. *Revista USP*, São Paulo, n. 21, pp. 22-33, 1994.
- 128.LYON-CAEN, Gérard. *Des Droits Individuels aus Droits Collectifs*. Paris, VI Colloque Association Internationale de Droit Economique, 1989.17 p. (Mimeogr.).
- 129.MACPHERSON, C. B. *Ascensão e Queda da Justiça Econômica*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. 200 p.
- 130._____. *A Teoria Política do Individualismo Possessivo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- 131.MACRIDIS, Roy. *Ideologias Políticas Contemporâneas*. Brasília: UnB, 1982. 318 p.
- 132.MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 2 ed. São Paulo:, RT, 1991. 216 p.
- 133.MARÉCHAL, Jean-Paul. *Le Risque Environnemental Majeur*. *Revue Esprit*, Paris, n. 189, pp. 142-53, 1993.
- 134.MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas Linhas do Processo Civil*. São Paulo: RT, 1993. 181 p.
- 135._____. (coord.). *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994. 155 p.

136. MARION, Normand. *Les 'Droits Sociaux': de la divine providence à l'État-Providence*. **Canadian Journal of Law and Society**. v. 7, n. 1, pp. 107-19, 1992.
137. MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. *Sujeitos Coletivos de Direito: pode-se considerá-los a partir de uma referência à psicanálise*. Florianópolis, 1993. 30 p. (Mimeogr).
138. MARTIN, Giles. *Les Rapports de l'Économique et du Social: le rôle du droit*. Coimbra, VII Colloque Association Internationale de Droit Economique, 1990. 16 p. (Mimeogr.).
139. MASSERA, Alberto. *Individuo e Amministrazione nello Stato Sociale: alcune considerazioni sulla questione delle situazioni giuridiche soggettive*. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, v. 1, pp. 1-54, 1991.
140. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1991. 266 p.
141. _____. *Interesses Coletivos no Código do Consumidor*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a 28, n. 111, pp. 313-14, 1991.
142. _____. *A Ação Civil Pública do Estatuto da Criança e do Adolescente*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a 28 n. 109, pp. 287-92, 1991.
143. MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas-data*. São Paulo: RT, 1989. 192 p.
144. MERQUIOR, Jose Guilherme. *O Liberalismo: antigo e moderno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. 260 p.
145. MIRRA, Alvaro Luis Valery. *Interesses Difusos: a ação civil pública e a Constituição*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, n. 94, pp. 169-74, 1987.

146. MORAIS, Jose Luis Bolzan de. *Trabalho, Tempo e Democracia: problemas e perspectivas da sociedade do trabalho*. Dissertação de Mestrado, PUC/RJ, 1989. 118 p.
147. _____. *Georges Gurvitch e A Idéia de Direito Social*. Monografia apresentada ao CPGD/UFSC. Ago.1994. 85 p. (mimeo)
148. _____. *État, Droit et Intérêts Transindividuels*. *Cahier du CERTE*, Montpellier, n. 16, pp. 40-68, 1993.
149. _____. *Relações Transindividuais e Justiça Consensual*. *Anais do Curso de Pós-Graduação em Direito - URI*, Frederico Westphalen, 1994, pp. 61-66.
150. _____. *Mecanismos Simplificados para Problemas Complexos; ou o verso-reverso da medalha*. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 28, 1994, pp. 88-95.
151. MORAIS, Jose Luis Bolzan de e CADEMARTORI, Sergio U. de. *Liberalismo e Função do Estado nas Relações de Produção*. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 24, 1992, pp. 81-91.
152. MOREIRA, Jose Carlos Barbosa. *A Legitimação para a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Brasileiro*. *Revista Ajuris*, n. 32, 1984, pp. 81-92.
153. NADALES, Antonio J. Porras. *El Derecho Intervencionista del Estado. Aportaciones sobre un reciente debate*. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 63, pp. 65-82, 1989.
154. OFFE, Claus. *Capitalismo Desorganizado*. São Paulo: Brasiliense, 1989. 322 p.
155. _____. *Problemas Estruturais do Estado Capitalista*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984. 386 p.
156. OLIVEIRA JR., Jose Alcebiades de. *Bobbio e a Filosofia dos Juristas*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. 159 p.

- 157.OST, François. *Entre Droit et Non-Droit: l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*. Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 1990. 201 p.
- 158.PACHECO, Jose da Silva. *O Mandado de Segurança e Outras Ações Constitucionais Típicas*. São Paulo: RT, 1990. 378 p.
- 159.PASOLD, Cesar Luiz. *Função Social do Estado Contemporâneo*. Florianópolis: Ed. do Autor, 1984. 79 p.
- 160.PRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1987. 80 p.
- 161.PRZEWORSKI, Adam. *Capitalismo e Social-Democracia*. São Paulo: Cia. das Letras, 1989. 330 p.
- 162.RÈMOND-GOUILLOUD. *Du Droit de Détruire: essai sur le droit de l'environnement*. Paris: PUF, 1989. 304 p.
- 163.RIBEIRO, Renato Janine. *Ao Leitor sem Medo: Hobbes escreve contra o seu tempo*. São Paulo: Brasiliense. 1984. 263 p.
- 164.ROSANVALON, Pierre. *La Crise de l'État Providence*. Paris: Seuil, 1981. 192 p.
- 165._____. *La Nouvelle Question Sociale. Repenser l'Etat-Providence*. Paris: Seuil, 1995. 226 p.
- 166.ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Contrato Social*. Col. Os Pensadores. São Paulo: Abril Cultural. 1983.
- 167.SANTOS, Boaventura Sousa. *O Discurso e o Poder*. Porto Alegre: Safe, 1988.
- 168.SCAFF, Fernando F. *A Responsabilidade do Estado Intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- 169.SENNET, Richard. *O Declínio do Homem Público*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

170. SERRANO MORENO, Jose Luis. *El Ambiente como Fin de Estado y como Derecho Subjetivo*. Granada, s/d., 72 p. (mimeogr.)
171. _____; *El Derecho Subjetivo al Ambiente*. Granada, s/d, 10 p. (mimeogr.)
172. _____; *Ecología y Derecho. Principios de Derecho Ambiental y Ecología Jurídica*. Granada: Comares, 1992. 308 p.
173. SERRES, Michel. *O Contrato Natural*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1991. 142 p.
174. SERVERIN, Evelyne; LASCOUMES, Pierre; LAMBERT, Thierry. *Transactions et Pratiques Transactionnelles*. Paris: Economica, 1987. 256p.
175. SERVERIN, Evelyne. *Les Visages du Consensus: le partage des intérêts*. *Revue Procès*. Villeurbanne, n. 8, pp. 63-90, 1981.
176. SIDOU, J. M. Othon. *Habeas Corpus, Mandado de Segurança, Ação Popular: as garantias ativas dos direitos coletivos*. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 474 p.
177. SILVA, Jose Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994. 768 p.
178. _____. *O Estado Democrático de Direito*. *Revista PGE*. São Paulo, pp. 61-74, 1988.
179. _____. *Normas Constitucionais*. Conferência proferida na Escola Superior de Advocacia de Estado do R.S. 17 p., 1994. (mimeogr.)
180. _____. *Eficácia e Aplicabilidade das Normas Constitucionais sobre Direitos Sociais*. Conferência proferida na Escola Superior de Advocacia de Estado do R.S., 26 p., 1994. (mimeogr.)
181. _____. *Princípios Cosntitucionais*. Conferência proferida na Escola Superior de Advocacia de Estado do R.S., 10 p., 1994. (mimeogr.)

- 182.SILVA, Ovidio A. Baptista da. *Curso de Processo Civil*. v. I. Porto Alegre: Safe, 1987. 464 p.
- 183.SINGLY, François de. *L'Homme Dual. Raison Utilitaire, Raison Humanitaire*. *Revue Le Débat*, Paris, n. 61, pp. 138-51, 1990.
- 184.SPANO, Calliope. *Le Droit Instrument de la Contestation Sociale? Les Nouveaux Mouvements Sociaux Face au Droit*. in: LOCHAK, Danièle. *Les Usages Sociaux du Droit*. Paris: PUF, 1989. pp. 32-43.
- 185.TALLACHINI, Mariachiara. *Società e Natura: comunicazione o incomunicabilità?* *Rivista Sociologia del Diritto*, Milano, n. 3, pp. 35-49, 1990.
- 186.TERNEYRE, Philippe. *Droit Constitutionnel Social. Le Conseil d'État et la valeur juridique des droits sociaux proclamés dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946*. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, n. 6, pp. 318-30, 1991.
- 187.TEUBNER, Gunther (org.). *Dilemmas of Law in the Welfare State*. Berlin; New York: Walter de Gruyter ed., 1986. 341 p.
- 188.TREVES, Renato. *Sociologia del Diritto Oggi e Crisi dello Stato Sociale*. *Rivista Sociologia del Diritto*, Milano, pp. 247-60, 1986.
- 189.TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos. Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. 742 p.
- 190.UNGER, Roberto Mangabeira. *O Direito na Sociedade Moderna: contribuição à crítica da teoria social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1979. 278 p.
- 191.UNTERMAIER, Jean. *Droit de l'Homme a l'Environnement et Libertés Publiques. Droit individuel ou droit collectif. Droit pour l'individu ou obligation pour l'État*. *Revue Juridique de l'Environnement*, Paris, n. 4, pp. 329-67, 1978.

192. WARAT, Luis Alberto. *Eco-Cidadania e Direito: alguns aspectos da modernidade, sua decadência e transformação*. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 28, pp. 96-110, 1994.
193. _____. *Mitos e Teorias na Interpretação da Lei*. Porto Alegre: Sintese, 1979. 160 p.
194. _____. *O Direito e sua Linguagem*. 2ª versão. Porto Alegre: Safe, 1984. 103 p.
195. _____. *Introdução Geral ao Direito*. v.1 Interpretação da Lei. Temas para uma reformulação. Porto Alegre: Safe, 1994. 232 p.
196. _____. *Introdução Geral ao Direito*. v. 2 A Espistemologia Jurídica da Modernidade. Porto Alegre: Safe, 1995. 392 p.
197. WEFFORT, Francisco C. (org.) *Os Clássicos da Política*. v. I. São Paulo: Ática, 1989. 287 p.
198. VAN GEHICHTEN, Pierre-Paul; GERARD, Philippe; DILLENS, A. M.A *Propos de l'Etat Providence de Fr. Ewald (Paris, Grasset, 1986)*. *Dialogue à Trois Voix*. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, Bruxelles, n. 18. pp. 167-87, 1987.
199. VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: EUDEBA, 1987. 496 p.
200. VIEIRA, Jose Ribas. *Os Direitos Individuais, Sociais e Coletivos no Brasil*. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 26, n. 104. pp. 275-82, 1989.
201. ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria Geral do Estado*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984. 290 p.