

Interesses Difusos como Direitos Fundamentais

Conflituosidade interna e jurisdicionalização da Política

I. – Introdução

O estudo aqui realizado tem por finalidade demarcar uma investigação acerca da relação entre a chamada conflituosidade interna dos interesses difusos e as diversas propostas doutrinárias que visam à concepção desses interesses como direitos fundamentais.

Proponho que, por força da sua inerente conflituosidade, o conceito de direito fundamental, como um direito relativamente indisponível aos efeitos da positividade do direito e da alternância política, não se presta a uma descrição adequada dos interesses difusos. Além disso, a utilização dogmática dessa construção abre caminho para uma perigosa despolitização e jurisdicionalização política do conflito.

Será analisado como a doutrina trata tradicionalmente da conflituosidade dos interesses difusos e de como essa mesma conflituosidade é pouco refletida quando se defende o controle da atuação estatal por meio da tutela jurisdicional desses interesses, jurisdicionando questões políticas.

II. – Dogmática dos interesses difusos e conflituosidade

A dogmática dos interesses difusos, na literatura brasileira, tem amparo na positivação do artigo 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual os interesses *ou direitos difusos*, são aqueles *transindividuais*, de natureza *indivisível* de que sejam titulares *pessoas indeterminadas* ligadas por circunstâncias de fato. Esse mesmo artigo positiva, ainda, uma distinção entre interesses/direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que sugere uma conceituação relacional que opõe ontologicamente os chamados interesses efetivamente *transindividuais* (*difusos e coletivos*

em sentido estrito) àqueles interesses/direitos, na locução de BARBOSA MOREIRA apenas *acidentalmente coletivos*.¹

Entre os interesses difusos e os coletivos em sentido estrito há em comum tanto a indivisibilidade quanto a transindividualidade.² O que diferencia os interesses difusos é a plena indeterminação dos seus titulares, ligados apenas por circunstâncias de fato.³ Diversamente do que ocorre com o interesse coletivo em sentido estrito, em que a indivisibilidade do interesse tem uma base contratual e permite, ao menos em tese, identificar titulares, no interesse difuso, essa possibilidade não existe ou não é relevante. Potencialmente, os interesses difusos podem dizer respeito a todas as pessoas no planeta.

MANCUSO aponta duas diferenças básicas entre interesses difusos e coletivos: uma quantitativa, outra qualitativa. Em termos quantitativos, o interesse difuso diria respeito a um universo maior do que o interesse coletivo, visto que, enquanto aquele pode mesmo concernir até a toda humanidade, este apresenta menor amplitude, pelo fato de estar adstrito a um vínculo jurídico. Em termos qualitativos, o interesse coletivo resultaria do homem em sua projeção *corporativa*, ao passo que, no interesse difuso, o homem é considerado simplesmente enquanto *ser humano*. Caracterizam-se, segundo o autor “*pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e espaço*”.⁴ RODRIGUES aponta que deve ser considerada também uma diferença ontológica entre os interesses difusos e coletivos em sentido estrito porque estes últimos estariam ligados “*ao atendimento de um interesse privado de uma coletividade, exclusivo e egoísta dessa mesma coletividade*”, ao passo em que os interesses difusos possuiriam “*uma veia pública, não exclusiva, heterogênea (por causa da dispersão) e plural*”.⁵ Percebe-se assim que o problema da determinabilidade dos titulares dos interesses difusos não é um problema de

¹- BARBOSA MOREIRA, JOSÉ Carlos. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**, RePro São Paulo: RT, n.61, p. 188.

²- Nesse sentido ADA PELLEGRINI GRINOVER. **Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos in A Marcha do Processo**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 20.

³- Cf. NELSON NERY JR. *in Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo in Revista de Direito Privado*, n.5, São Paulo, 2001, p. 207.

⁴- Nesse sentido RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**, 3ª. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pp. 73 e pp.114-115.

⁵- MARCELO ABELHA RODRIGUES, **Elementos de Direito Ambiental**, op. cit. p. 40.

possibilidade concreta de saber quem é cada pessoa que se beneficia com o interesse pois, pela própria natureza ontológica desses interesses, *não pode haver titulares exclusivos*.⁶

O conceito de interesse difuso deve abranger situações como o interesse na preservação de espécies para futuras gerações, proteção da justa concorrência no mercado, proteção da infância contra a programação televisiva, responsabilidade por poluição etc. Vale dizer, a conceituação dos interesses difusos é totalizante, pois exclui – ao menos do ponto de vista conceitual – a possibilidade de que algum indivíduo ou grupo seja impedido de fazer parte dos destinatários da proteção.

Pense-se, por exemplo, nos interesses difusos relacionados à proteção de minorias raciais ou à proteção da higidez do mercado (como o direito difuso à livre concorrência). Esses interesses (de minoriais) só podem ser conceituados como interesses dos quais as maiorias também participam. A proteção do idoso (ou da criança), por exemplo, não pode ser juridicamente conceituada como um interesse exclusivo de idosos, mas sim como interesse de toda a coletividade. A a proteção da livre concorrência não é interesse apenas dos agentes do mercado, mas de toda a coletividade. Também assim a proteção do consumidor. Não é o fato de se ter consumido um produto, assistido a uma publicidade abusiva, ou assinado um contrato abusivo que torna indetermináveis os titulares, mas sim o fato de que *qualquer um pode consumir* um produto, assistir a uma publicidade ou assinar um contrato abusivo.

A indeterminabilidade dos titulares desses interesses é permanente e totalizante: *todos participam ao mesmo tempo de todos os interesses difusos*. Negaria o conceito de interesse difuso pensar, por exemplo, que o próprio poluidor não participa do interesse ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (assim como é inegável que ele é vítima da sua própria poluição). Por ser absoluta, a indeterminabilidade não admite qualquer limitação *a priori* externa: se *prima facie* todos participam ao mesmo tempo de todos os interesses difusos, a conflituosidade surge sempre internamente.

É certo que, não raro – na verdade, quase como regra – também vão existir colisões entre direitos difusos e outros direitos. O direito ao meio ambiente

⁶ - Idem, pp. 40-41.

ecologicamente equilibrado via de regra colide com o direito de propriedade ou de livre utilização da propriedade. Pode também colidir com aspectos sociais do direito de propriedade, como o direito à moradia, o direito ao emprego e ao consumo. Essas colisões, no entanto, são um aspecto da total inclusividade dos interesses difusos. Vale dizer, não se pode falar em oposição do direito ao desenvolvimento econômico ao direito ao meio ambiente (nem o contrário): em ambos os interesses há os mesmos participantes. O que existe é um conflito em relação à própria participação *no* interesse, um conflito de poder (capacidade de influenciar decisões dos outros participantes)⁷ entre titulares de um mesmo interesse indivisível.

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

Por exemplo, *podem ser consumidores*: patrões e empregados; homens e mulheres; jovens e idosos; pacifistas e armamentistas; ricos e pobres; poluidores e ambientalistas; professores e alunos; religiosos e ateus; além é claro dos próprios fornecedores, que não estão impedidos de consumir seus próprios produtos ou de outrem. De outro lado, *podem ser fornecedores*: patrões e empregados; homens e mulheres; jovens e idosos; pacifistas e armamentistas; ricos e pobres; poluidores e ambientalistas; professores e alunos; religiosos e ateus, além é claro dos próprios consumidores, que não estão impedidos de fornecer produtos e serviços. As indústrias poluidoras – e seus proprietários – estão no meio ambiente que poluem. *As pessoas vitimadas pela poluição (dentre as quais se incluem os donos das indústrias) são consumidoras das indústrias.* Armamentistas e não-armamentistas são legitimamente interessados na paz, que pode ser atingida pela intimidação das armas ou pelo desarmamento total. Também eles são consumidores, fornecedores e vivem no meio ambiente.

⁷- Sobre esse conceito de poder, em detalhes, v. NIKLAS LUHMANN, **Poder**, Brasília: Ed. UNB, 1973.

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

A questão então é saber se o sistema jurídico e seu Poder Judiciário possuem mecanismos adequados para lidar com essa conflituosidade e as conseqüências da eventual inadequação para a manutenção da autonomia do sistema jurídico.

III. – Conflituosidade dos interesses difusos e Teoria da Jurisdição

A intensa situação de conflito gerada pela heterogeneidade dos titulares de um mesmo interesse indivisível é identificada pela doutrina como a *máxima conflituosidade interna* dos interesses difusos.⁸

Como todos participam ao mesmo tempo de todos os interesses difusos, a *conflituosidade interna* desses interesses se dá em um nível de abstração tal que *sempre* opõe interesses difusos, ainda que concretamente esse conflito não se manifeste. Pense-se o conflito entre o direito ao desenvolvimento e o direito à proteção ambiental. São dois interesses difusos cujo conflito pode se manifestar concretamente, isto é, na lide veiculada em juízo, como um conflito entre o direito individual de empreender e o interesse difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. De outro lado, esse conflito pode também se manifestar, como nos casos de direito de vizinhança, como um conflito entre o direito individual à saúde e o interesse (metaindividual) ao desenvolvimento. E pode também acontecer que esse conflito se manifeste concretamente como um conflito ainda difuso, como no caso do direito à moradia das famílias que habitam irregularmente áreas ambientalmente protegidas. Ou seja, um direito individual pode ser construído como

⁸- Cf. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 204-205.

aspecto de um interesse difuso,⁹ o que impede a adoção de qualquer solução *prima facie* (como a prevalência *a priori* dos interesses metaindividuais sobre os individuais).

Veja-se por exemplo a lei municipal de São Paulo que proíbe a publicidade externa por meio de *outdoors* e determina mudanças nas fachadas de estabelecimentos (lei municipal n. 14.223/2006 – *lei cidade limpa*). Uma ação civil pública que tenha por objeto a retirada de determinado ou determinados *outdoors* publicitários fundada nessa lei manifestaria concretamente um conflito entre Coletividade (interesse difuso ao meio ambiente urbano) x Anunciante (direito individual de exercício de atividade econômica). Contudo, subjacente a essa lide, há um conflito entre interesses difusos: a mesma coletividade titular do direito à paisagem urbana é também titular do direito de exercer atividades econômicas não proibidas pela legislação, bem como titular do direito de ser informado pela publicidade.¹⁰

O mesmo ocorre nas demandas coletivas voltadas contra a regulação de determinados setores, como as taxas de juros bancários; condições dos contratos de seguro; a tarifa de telefonia; aumento de preço de combustíveis, não se trata simplesmente de um conflito Coletividade x Particular. Quando se suscita um interesse difuso (proteção do consumidor) contra uma conduta conforme a regulação setorial (v.g. não-obrigatoriedade de determinadas coberturas em contratos de seguro-saúde) o conflito não é apenas entre a coletividade e um agente individual do mercado (coletividade x seguradora), mas sim um conflito de interesses da coletividade no mercado. Não se trata de um conflito *entre* coletividade e mercado porque não se pode dissociá-los: a coletividade participa do mercado. O conflito diz respeito a diferenças de poder nessa participação.

⁹- Nesse sentido observa MANCUSO que “*a marcante conflituosidade deriva basicamente da circunstância de que todas essas pretensões metaindividuais não têm por base um vínculo jurídico definido, mas derivam de situações de fato contingentes, por vezes até ocasionais. Não se cuida de direitos violados ou ameaçados, mas de interesses (conquanto relevantes), têm-se que a esse nível, todas as posições, por mais contrastantes, aparecem sustentáveis. É que nesses casos de interesses difusos não há um parâmetro jurídico que permita um julgamento axiológico preliminar sobre a posição certa e a errada*”. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**, op. cit. p.80.

¹⁰- Nesse sentido v. CELSO ANTONIO PACHECO FIORILLO **A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos**, in **Ação civil pública – lei 7347/85 – Reflexões e reminiscências após dez anos de aplicação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, pp.189-190. Parece correto afirmar que o direito de ser informado abrange também a publicidade comercial (ainda que seu conteúdo possa ser limitado para evitar enganiosidade e abusividade). Não se pode negar que, aceita a característica contemporânea da sociedade como *sociedade de consumo*, a publicidade comercial exerce também um papel de inserção do indivíduo na sociedade.

Essa conflituosidade subjacente acaba reproduzida no momento de decidibilidade jurisdicional sempre que o sistema jurídico já não tenha filtrado essa conflituosidade, expressando uma opção clara para a solução do conflito na legislação, ou quando os mecanismos processuais que conduzem à decisão conseguem reduzir essa conflituosidade.

A reprodução da conflituosidade na decisão jurisdicional tende também a diminuir quando a carga jurídico-argumentativa histórica aponte uma solução clara em favor de um dos interesses. Nesses casos, a conflituosidade inerente ao interesse difuso já foi devidamente filtrada pelo sistema jurídico. É o que se dá nos casos, por exemplo, de responsabilidade por dano ambiental: a responsabilização do poluidor pelos danos causados ao meio ambiente é a materialização de um conflito entre interesses difusos (meio ambiente x direito ao desenvolvimento econômico), mas nesse caso essa conflituosidade já chega ao momento da decisão jurisdicional tendo passado por diversos filtros do sistema (a legislação positivada; a jurisprudência e a própria dogmática jurídica), o que diminui os riscos da decisão.

Contudo, isso não acontece quando se trata de situações em que a conflituosidade é tão intensa que a sua manifestação concreta chega ao momento da decisão jurisdicional sem passar por qualquer filtro prévio, manifestando-se como um conflito de poder de participação no interesse. Essa falta de filtragem pode ocorrer tanto porque o sistema jurídico (lei, contratos, precedentes, dogmática) não tratou previamente do conflito, quanto porque oferece como parâmetro de decidibilidade conceitos abertos (boa-fé, onerosidade excessiva, moralidade, etc.), em cujo preenchimento, no momento da decisão, reentra a conflituosidade. Isso ocorre também quando o conflito é tratado apenas no nível dos princípios, cujo alto grau de abstração, não sua normatividade, reencaminha a conflituosidade.

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

igualmente e legitimamente amparados pelo ordenamento, cujo conflito chega diretamente ao julgador na mesma intensidade do que quando formulado politicamente.

A própria dogmática, comprometida com uma teoria principiológica de fundamento axiológico do ordenamento jurídico, tem dificuldades de elaborar respostas para essa conflituosidade, limitando-se a recomendar o seu escoamento para a decisão judicial¹¹ e, por vezes, formular uma teoria de técnicas decisórias. Também nesses casos, como se verá adiante, a dogmática constitucional não apresenta qualquer solução satisfatória. Os critérios de proporcionalidade se apresentam mais como uma forma de descrever o problema da decisão na conflituosidade do que uma solução que possa filtrá-la para a decisão jurisdicional.

A fundamentação do escoamento de toda a conflituosidade desses interesses para a decisão judicial é construída, essencialmente, por meio de uma revisão da

¹¹- Como afirma MAURO CAPPELLETTI “*Os juízes poderiam adotar muito bem uma posição de simples rejeição, recusando-se a entrar na arena dos conflitos coletivos e de classe. Tal atitude negativa teria, contudo, a consequência prática de excluir do judiciário a possibilidade de exercer influência e controle justamente naqueles conflitos, que se tornaram de importância sempre mais capital nas sociedades modernas. (...) A outra alternativa, pelo contrário, é a de que os próprios juízes sejam capazes de crescer, erguendo-se à altura dessas novas e prementes aspirações, que saibam, portanto, tornar-se eles mesmos protetores dos novos direitos difusos, coletivos e fragmentados, tão característicos e importantes da nossa civilização de massa, além dos tradicionais direitos individuais*” **Juízes Legisladores?** op. cit. pp. 59-60. e, em sentido similar, MANCUSO afirma que “*É por isso que, principalmente no caso dos interesses difusos (sujeitos absolutamente indeterminados, objeto absolutamente indivisível), torna-se problemática (e muita vez resulta um tanto ineficiente) a intervenção judicial, porque esta função é de caráter substitutivo e não primário, realizando-se na subsunção de um fato a uma norma de regência; mas, muita vez, nos conflitos metaindividuais ou bem não se encontra a norma que exatamente corresponderia à espécie, ou bem a norma existente foi pensada para o campo dos conflitos intersubjetivos, de menor dimensão, e por isso acaba por se mostrar inadequada quando transportada para o ambiente coletivo (...) Muita vez, os mega-conflitos afluem ao Judiciário ainda na efervescência do momento, sem a prévia e desejável maturação e condensação nas instâncias primárias competentes (Ministérios, outros órgãos públicos, entidades associativas, audiências públicas) o que acaba por engendrar uma dificuldade adicional, qual seja a virtualidade de a intervenção judicial imbricar com a separação entre os Poderes, mormente em assuntos que empolgam o interesse de toda a nação, como ora se passa com a propalada transposição de águas do Rio São Francisco. Esse contexto, não raro, põe o Judiciário no desconfortável dilema de (i) preservar-se num non liquet, deixando a controvérsia para ser dirimida entre os direitos diretos interlocutores (nesse exemplo, a população ribeirinha, os agricultores, os comitês de bacia, os governantes dos Estados banhados pelo rio, os órgãos ambientais), ou (ii) dar um provimento com espeque numa norma vocacionada para litígios de menor dimensão e diversa natureza, comprometendo a eficácia prática do julgado, quando já não concorra para acirrar ainda mais os ânimos*”. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas**, op. cit. pp. 205-206.

teoria da Jurisdição e da função jurisdicional.¹² A dogmática processual dos interesses difusos, fundada na seântica dos direitos fundamentais (que será vista adiante), busca adaptar a esse tipo de atividade jurisdicional os instrumentos técnico-processuais para a tutela coletiva, tendo em vista a superação dessas dificuldades que a intensa conflituosidade traz à decidibilidade.

MANCUSO propõe, por exemplo, uma reconstrução dos elementos básicos do processo (conceito de parte, tipos de legitimação, pedidos, técnicas de tutela judicial, cumulação de demandas, a coisa julgada, etc.) que visa a municiar o juiz de instrumentos hábeis a dar conta da conflituosa decidibilidade desses interesses. O resultado desse esforço não é nada menos do que uma alternativa teórica para o próprio conceito de jurisdição, expressa na idéia de “*Jurisdição Coletiva*”:

Jurisdição coletiva, em contraposição à Jurisdição singular (voltada aos conflitos intersubjetivos) é aquela vocacionada a dirimir controvérsias de largo espectro quanto à relevância do objeto e/ou ao número de sujeitos concernentes, não raro recepcionando o que se vem chamando de *judicialização da política* e a correlata *politização do Judiciário*. Nesse contexto, a nomenclatura interesses é preferível a direitos, porque estes últimos evocam situações de vantagens suscetíveis de atribuição exclusiva a um dado titular, ao passo que os interesses metaindividuais concernem a sujeitos indeterminados (absoluta ou relativamente), sendo o objeto indisponível, essencial ou episodicamente.¹³

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

¹²- Expressiva é a afirmação de MAURO CAPPELLETTI, para quem é “*Quase desnecessário repisar a observação de que se a concepção da jurisdição como função meramente declarativa, passiva e mecânica é fictícia e sempre frágil, ainda mais evidentemente frágil e fictícia resultará quando um “grande judiciário” estiver empenhado na tarefa de composição de controvérsias de tal amplitude. O caráter criativo, dinâmico e ativo de um processo jurisdicional, cujos efeitos devem, por definição, ultrapassar em muito às partes fisicamente presentes em juízo, não pode deixar de aparecer com grande proeminência*”, **Juízes Legisladores?**, op. cit. p.61.

¹³- RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas**, op. Cit. p. 523-524. Como explica em outro trecho o autor “*A jurisdição coletiva em seu contexto geral apresenta-se, antes de mais nada, como um modo de ser do braço judiciário do Estado, voltada a dirimir conflitos de largo espectro, em grande parte motivados, pela inação/incompetência das instâncias administrativas que deveriam tê-los satisfatoriamente dirimido, ou pela oferta irregular/insuficiente das medidas e programas implementados. Por aí se compreende que a Jurisdição coletiva revela-se como um receptáculo de interesses e valores que, desatendidos ou mal manejados, vão aumentando a pressão social, operando assim a via judicial como uma sorte de válvula de escape, até porque as instâncias do Executivo e do Legislativo não são diretamente acionáveis pelo cidadão comum, tirando certos interesses de eficácia demorada e incerta, como os projetos de lei de iniciativa popular, o plebiscito, as audiências públicas*”, idem, p. 79.

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

Quando isso ocorre, a decisão judicial tende a reproduzir em si essa conflituosidade e não pacificar conflitos.¹⁴ Diante desse cenário que MANCUSO vê necessidade de se falar em um outro conceito de *jurisdição*, a *Jurisdição Coletiva* que expressaria um modo de ser da função judicante diverso para o tratamento desses conflitos politizados, ou a jurisdicionalização da política.

A conhecida lição de ENRICO TULLIO LIEBMAN, conjugando os conceitos clássicos de GIUSEPPE CHIOVENDA e FRANCESCO CARNELUTTI, define jurisdição como *atuação da vontade concreta da lei*, que substitui a vontade das partes na composição dos litígios.¹⁵

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

¹⁴- Nesse sentido, v. MANCUSO: **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas**, op. cit. p. 77. E também ADA PELLEGRINI GRINOVER, **Novas tendências da tutela jurisdicional dos interesses difusos in Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**, São Paulo: Forense Universitária, 1990, p. 9.

¹⁵- Para LIEBMAN, “*A atuação da vontade concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática (CHIOVENDA). Nessa definição está esculpida a relação entre a lei e a jurisdição; e, com a idéia da substituição, torna-se evidente o fato de que o juiz é chamado a manifestar-se quando houver faltado da parte de alguém a observância do que a lei dispõe (...) a justa composição das lides (CARNELUTTI), entendendo por lide qualquer conflito de interesses regulado por direito e por justa a composição feita nos termos deste. Essa definição considera a atuação do direito como meio para atingir o escopo final da composição do conflito de interesses, procurando assim captar a matéria a que a lei é aplicada e o resultado prático, do ponto-de-vista sociológico, a que a operação conduz (...) De nossa parte, resumindo, podemos considerar a jurisdição como a atividade dos órgãos do Estado destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica*”. **Manual de Direito Processual Civil, Vol I** 3ª. ed., Trad.e notas CANDIDO RANGEL DINAMARCO, São Paulo: Malheiros, 2005, pp. 22-23.

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

Não se trataria, portanto, de formular e atuar concretamente uma regra jurídica prevista abstratamente no direito vigente para a situação, mas sim de aplicar uma *metodologia de ponderação e valoração de interesses* para decidir sobre qual interesse deve prevalecer para disciplinar a situação jurídica conflituosa.

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

Mas, nesse caso, permanece como problema saber se atribuir a órgãos jurisdicionais funções que não se coadunam com a função jurisdicional típica pode ainda ser pensada como espécie de jurisdição. Além disso, vincular a solução desses conflitos à formulação casuística (proporcional e razoável) de regras, princípios e mandamentos de otimização por órgãos jurisdicionais, que dispõem apenas dos instrumentos típicos da atividade jurisdicional (decisão judicial) – ainda que com eficácia expandida (*erga omnes*) – aparece problemático, porque prejudica a autonomia do sistema jurídico e a própria tutela jurídica dos interesses difusos, que se torna dependente de força política.

Contudo, na medida em que esses interesses se apresentam como direitos fundamentais – e há amparo na teoria constitucional para tanto- mais difícil é evitar a jurisdicionalização da sua conflituosidade inerente.

IV. – Conflituosidade dos interesses difusos e a equiparação entre direito e interesse

De uma perspectiva de direito material, a instrumentalização da tutela dos interesses difusos depende de que, por mais incipiente que seja a conformação de um interesse jurídico – como muitas vezes ocorre com os interesses difusos – ele seja passível de plena tutela jurisdicional. Isso se dá por meio da equiparação funcional entre direitos e interesses promovida pela legislação.

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

Como observa MANCUSO, o vocábulo *interesse* remete ao conceito carneluttiano segundo o qual o *interesse denota uma relação entre uma necessidade humana e um objeto apto a satisfazê-la* (em oposição ao conceito de direito subjetivo, ao qual deve corresponder um dever por parte de outro, a cujo cumprimento o titular do direito pode ou não renunciar).¹⁶ A remissão à idéia de interesse não é aleatória. O conceito de interesse comporta uma constelação de possibilidades (*tudo aquilo que satisfaz uma necessidade humana*) muito mais ampla e fluida do que a idéia de *direito subjetivo* (*possibilidade atribuída com exclusividade a um titular de demandar o cumprimento do correlato dever de outrem*), revelando-se, segundo MANCUSO, mais adequada aos valores dessubstantivados, inerentes ao universo do processo coletivo.¹⁷

¹⁶- Anota o autor que “A Lei 7.347/85, em tópico acrescido pela Lei 8.078/90, menciona a expressão *interesse* (cf. art. 1º., IV: ‘Qualquer outro interesse difuso ou coletivo’), valendo ter em conta o dado etimológico: *id quod inter est, ou seja, aquilo que ‘está entre’ o agente e um dado objeto, e assim os atrai mutuamente, tornando necessária ou útil a fruição desse bem da vida. Tal corresponderia, basicamente, à clássica concepção de Francesco Carnelutti sobre o interesse: Rapporto tra un bisogno dell’uomo e un quid atto a soddisfarlo*”. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas**, op. cit. p.83.

¹⁷- Nesse sentido, esclarece que “É lícito especular que a opção do legislador brasileiro pelo termo *interesse* possa ter se fundado na consideração de que no universo processual coletivo cuida-se de valores dessubstantivados, é dizer, indivisíveis e afetados a sujeitos indeterminados, o que faria soar um tanto estranho a alusão a direitos, porque estes evocam algo que é atribuído, com exclusividade a um determinado titular”. *Idem*, p. 84.

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

Diante desse quadro, expressiva doutrina deu por superada a distinção teórica entre interesses e direitos,¹⁸ de modo que a problemática da sua distinção seria agora uma questão meramente acadêmica. Ao dispor com tamanha amplitude sobre aquilo que pode ser objeto da ação civil pública, o legislador dispôs também sobre aquilo que pode – e deve – ser objeto da própria tutela jurisdicional *erga omnes*.¹⁹

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

Tradicionalmente, o direito subjetivo diz respeito à possibilidade, amparada pela legislação, de demandar o cumprimento de um dever de outrem.²⁰ Parte da doutrina tende a ver essa possibilidade de demandar o cumprimento de um dever como o próprio direito de ação.²¹ Com reverência à autonomia do direito processual, fala-se também em uma “*situação jurídica de vantagem em relação a um bem*”.²²

¹⁸- V. pex. KAZUO WATANABE, **Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**, 6^a. Ed., (ADA PELLEGRINI GRINOVER... [et. al.]), Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, pp. 718-719.

¹⁹- Cf. MANCUSO, **A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas in Ação Civil Pública – lei 7.347/85 15 anos**, 2^a. Ed., (Coord. ÉDIS MILARÉ) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 758-759.

²⁰- Por exemplo VICENTE RAO, que assim define: “*direito subjetivo é o poder de ação determinado pela vontade que, manifestando-se através das relações entre as pessoas, recai sobre atos ou bens materiais ou imateriais e é disciplinado e protegido pela ordem jurídica, a fim de assegurar a todos e a cada qual o livre exercício de suas aptidões naturais, em benefício próprio, ou de outrem, ou da comunhão social*”. **O Direito e a vida dos direitos**, 6^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.p. 645.

²¹- Nesse sentido, p. ex., JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, **Direito e processo**, 3^a ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 10.

²²- CÂNDIDO RANGEL DINAMARC, **O Instituições de processo civil**, vol. II, São Paulo: Malheiros, 2001, p.210.

O *direito subjetivo* é titularizado por um sujeito de direito em oposição ao *direito objetivo* que é o conjunto de normas jurídicas que disciplinam a conduta humana.²³ O *interesse*, de outro lado, em um primeiro momento, diz respeito àquilo que satisfaz uma necessidade humana. A profusão desses interesses, para a teoria jurídica, não se prende à diferenciação interna do sistema jurídico entre direito e não-direito, tendendo portanto ao infinito. O portador do interesse quer, deseja, forma uma necessidade qualquer (material, espiritual, cultural) satisfeita por um objeto (material, espiritual, cultural), configurando assim um *interesse*, ou uma *situação simples de interesse*.²⁴ A *situação* envolvendo interesses pode estar ou não regulamentada pelo ordenamento jurídico. E mais, essa regulamentação pode consistir na criação de uma relação direito/dever, configurando um direito subjetivo (situação de vantagem/desvantagem), ou pode consistir em uma outra espécie de regulamentação, por exemplo a proteção *erga omnes* de determinados bens e valores independentemente da atribuição de um direito subjetivo a alguém (o que também é uma situação jurídica).²⁵

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

²³ - VICENTE RAO, **O direito e a vida dos direitos**, op. cit. p. 215.

²⁴ - Sobre os interesses simples escreve RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO que “*Em sua expressão comum, vulgar, os interesses representam simplesmente, a idéia de vantagem. Essa idéia de vantagem nasce e se desenvolve nos limites psíquicos da própria pessoa, isto é, não pode ser proveitosamente oposta ou confrontada a outros interesses do mesmo nível. O portador desse tipo de interesse apenas quer, deseja, aspira, sem poder, porém, exigir a satisfação de tais anseios. Tais interesses, que podemos chamar simples, puros, de fato, ou interesses, tout court, caracterizam-se, objetivamente, por sua frágil projeção econômica ou social: subjetivamente, sua relevância não depassa os limites do campo psicológico do agente: trata-se de uma relevância contida, limitada à esfera do pensamento*”. Esses interesses caracterizam-se por suscitarem uma postura de indiferença perante o Estado que, em um primeiro momento, não é obrigado a tutelá-los. “*esses meros interesses ficam, tecnicamente, apartados do conceito jurídico; tendo ficado no plano primário da existência-utilidade sem terem ascendido ao plano ético-normativo, eles formam, inobstante, um enorme – e rico – repositório do que há de mais típico e arraigado no pensamento médio de uma coletividade*”. **Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir**, op. cit. pp. 19-21.

²⁵ - Na conceituação de EDUARDO COUTURE o interesse é uma “*Aspiración legítima, de orden pecuniário o moral que representa para una persona la existencia de una situación jurídica o la realización de una determinada conducta*” **Vocabulário Jurídico**. Trad. A. H. Guaglianone. Buenos Aires: Depalma, 1973.

É o caso típico do direito penal e do direito administrativo. A idéia de uma situação jurídica cuja regulamentação não atribui a alguém um direito subjetivo (possibilidade de demandar o cumprimento de um dever), mas protege reflexamente a satisfação de um interesse, marca a distinção entre o que a teoria jurídica chama de *interesse simples* e *interesse legítimo*.²⁶ LIEBMAN bem demarca a distinção entre interesse, interesse legítimo e direito subjetivo, sublinhando que:

é necessária uma clara distinção entre direitos e interesses. A situação subjetiva que recebe da lei a proteção mais integral é o direito subjetivo, que se configura quando o interesse de uma pessoa é reconhecido como pertinente com exclusividade ao seu titular, sendo como tal diretamente garantido pela norma jurídica. Tem-se, ao contrário, um interesse legítimo quando só indiretamente o interesse de determinada pessoa conta com a proteção da lei, justificada pela sua coincidência com um interesse público que esta pretende tutelar ao dispor sobre o exercício do poder do órgão administrativo; nesses casos, a observância da norma tutelar do interesse público, por este órgão, satisfaz, ao mesmo tempo e por reflexo, também o interesse do particular, assim como a inobservância da norma lesa, junto com o interesse público, também o deste.²⁷

Nesse contexto, é de se apontar que a tutela jurisdicional de interesses (e não apenas de direitos subjetivos), fundada na concepção dos interesses legítimos, não é uma evolução exclusiva da semântica dos interesses difusos. Ela é uma decorrência da evolução da teoria jurídica acerca do próprio conceito e função da jurisdição, que passa a se descrever por meio da idéia da universalidade e da instrumentalidade.

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

²⁶- V. nesse sentido RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO “o interesse interliga uma pessoa a um bem de vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa. A nota comum é sempre a busca de uma situação de vantagem, que faz exsurgir um interesse na posse ou fruição daquela situação. Mesmo o interesse processual não foge a esse núcleo comum: ele é reconhecido quando o processo se revela útil e necessário à obtenção de certa posição de vantagem, inalcançável de outro modo (...) A diferença entre os interesses – lato sensu – e o interesse jurídico está em que o conteúdo axiológico daqueles primeiros é amplo e variável, na medida em que sua valoração é deixada ao livre-arbítrio dos sujeitos; ao passo que o interesse jurídico, por definição, tem seu conteúdo valorativo já prefixado na norma.” **Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir**, op. cit. p.18.

²⁷- ENRICO TÚLIO LIEBMAN, **Manual de Direito Processual Civil**, op. cit. p. 44.

Essa idéia de substitutividade é relevada pela doutrina processualista contemporânea, sendo hoje o conceito central, com maior ou menor abrangência, focado na realização da ordem jurídica como um todo para amparar uma determinada *situação jurídica*. Nessa atuação, a Jurisdição-Poder realiza os escopos sociais meta-jurídicos do próprio Estado.²⁸ A substituição da vontade de uma das partes (para que seja cumprido o seu dever) deixa de ser necessária para a atuação jurisdicional.

Desse modo, a diferença entre interesses simples, interesses legítimos e direitos subjetivos assume contornos diversos para a dogmática no sistema de jurisdição una e diante do moderno conceito de função jurisdicional. Um pedido deduzido em juízo não será juridicamente impossível, nem inepto, nem haverá carência de jurisdição, caso esteja fundamentado em um interesse e não em um direito subjetivo. Tampouco o fundamento jurídico que deve constar da causa de pedir implica alusão a um direito subjetivo, mas apenas a uma categoria jurídica.²⁹

Essa abertura da jurisdição à tutela de interesses nas demandas envolvendo interesses (ou direitos) individuais não chega a ser problemática pois não há, nesses casos, a conflituosidade interna máxima. Não haver a conflituosidade significa que não aparece como problema para a decisão a heterogeneidade entre titulares de um mesmo interesse indivisível, como ocorre nos interesses difusos, a gerar conflitos de participação no interesse.

A participação dos diretamente *interessados* no procedimento, por meio da representação de papéis de autor e réu (afastando o envolvimento pessoal dos

²⁸- Cf. CANDIDO RANGEL DINAMARCO **A Instrumentalidade do Processo**, op. cit. pp. 138-144. Em aprofundado estudo sobre a jurisdição estatal, reafirmam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, que a jurisdição é poder, função e atividade estatal. o poder reflete-se na capacidade de decidir imperativamente e impor decisões; a função se apresenta como encargo de promover a pacificação de conflitos individuais; e atividade subsiste no complexo de atos do juiz no processo. **Teoria Geral do Processo**, 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, pp. 129-131. Adotando um conceito menos amplo, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE, para quem o objetivo do Estado é o bem comum e, com esse propósito ele desenvolve várias atividades, sendo que cada uma dessas atividades possui um objetivo mais próximo. Com relação à atividade jurisdicional, o Estado busca, imediatamente, manter a ordem jurídica intacta, bastando considerar apenas o escopo jurídico da jurisdição, pois escopos sociais e políticos são meras consequências daquele. Representando a lei a vontade social, sua aplicação no caso concreto atende à própria pacificação com justiça. JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS BEDAQUE. **Poderes instrutórios do juiz**, São Paulo: RT, 1991, p. 3.

²⁹- Nesse sentido, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, **Instituições de Direito Processual Civil**, vol II, op. cit. p. 127.

indivíduos); mediados por um juiz neutro (ainda que modernamente comprometido com escopos sociais, em relação às partes o juiz é neutro e imparcial); a temporalização da decisão (a incerteza em relação ao conteúdo da decisão motiva a participação das partes no processo); a possibilidade de se manifestar, produzir provas e a obrigação de fundamentação racional das decisões; enfim, o procedimento, ou o devido processo legal, cria condições para a pré-disposição dos participantes em aceitar o resultado do processo,³⁰ ainda que esse resultado venha a tutelar um interesse em relação ao qual o ordenamento não fornecia prévia escolha.

Pense-se, por exemplo, nas demandas individuais dirigidas contra a cobrança de juros acima de 12% ao ano por Instituições Financeiras. A conflituosidade política que redundava na falta de regulação jurídica clara dos limites dos juros (inclusive tendo sido suprimido o dispositivo constitucional controverso) está subjacente ao caso concreto, mas é filtrada pelo procedimento processual e pela limitação da coisa julgada às partes. Por conta dessa participação no procedimento o momento de decidibilidade tem condições de pacificar o conflito, a decisão jurisdicional não reproduz o conflito de interesses. Os instrumentos de representação inerentes ao processo coletivo não são suficientes para propiciar o mesmo nível de participação. Não só pelo distanciamento entre substituído e substituto no pólo ativo, mas pela própria despersonalização e conflituosidade interna dos interesses difusos, que inviabiliza a pré-disposição ao consenso apenas por força do procedimento judicial (objurgado o procedimento político).

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

Demarcada a diferença entre interesses simples, interesses legítimos e direitos subjetivos, torna ao foco a questão de saber como se enquadram os interesses

³⁰ - Nesse sentido a análise sociológica de NIKLAS LUHMANN **Legitimação pelo Procedimento**, trad. Maria da Conceição Coorte-Real, Ed. Unb, Brasília, 1980 (coleção pensamento político, 15).

difusos, em relação aos quais a Constituição Federal outorga legitimidade ao Ministério Público para defesa (CF, art. 129, III) e a lei n. 7.347/85 (art.1º, IV) e o Código de Defesa do Consumidor e os equiparam a direitos subjetivos.

Como nota MANCUSO, “*O fato de um interesse ser exercido por via individual ou coletiva, não altera sua essência. A natureza de um interesse advém da finalidade à qual ele está afetado, e não da forma escolhida para o seu exercício*”,³¹ afastando, assim, uma natureza *a priori* para os interesses metaindividuais simplesmente pela forma coletiva de seu exercício. Qual a natureza então dos interesses difusos?

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

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

MANCUSO, adotando o conceito dos interesses legítimos como espécie de interesses que gozam de proteção jurisdicional por decorrerem da proteção a bens e valores conferida pelo direito objetivo,³² aproxima destes – em um primeiro momento – os interesses difusos. Interesses difusos poderiam ser tidos como interesses legítimos na medida em que a sua proteção decorra da persecução do Bem Comum, do interesse da coletividade como um todo, como reflexo necessário do ordenamento (direito objetivo).³³

Contudo, como reconhece o autor, uma tal aproximação entre interesses difusos e os interesses legítimos tem como problema a vinculação dos interesses difusos a

³¹- RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, **Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir**, op. cit. p. 24.

³²- Interesses Difusos... op. Cit. pp. 58-60.

³³- Idem, p. 61.

um núcleo axiológico no ordenamento. Essa aproximação seria problemática porque o conceito de interesses difusos deve poder incluir a sua intensa conflituosidade interna, vale dizer, ele só é útil se permitir que sejam tutelados mesmo interesses cuja conformação axiológica no ordenamento seja insuficiente ou incipiente, o que afasta a idéia de um interesse (objetivamente) legítimo.³⁴ Desse modo, MANCUSO chega à conclusão de que as características dos interesses difusos os aproximam dos *interesses simples* (situações simples de interesse), não vinculados à distinção interna do sistema jurídico entre direito e não-direito, mas referidos à profusão de interesses da coletividade, em relação aos quais não há qualquer solução prévia no ordenamento jurídico para o conflito em abstrato.

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

Assume-se, nessa perspectiva, que cabe sim ao Poder Judiciário atuar em complementaridade sobre outros poderes ou funções estatais, sempre que necessário para tutelar um interesse difuso carente de tutela, ainda que esse interesse incipiente no ordenamento, e portanto conflituoso,³⁵ de modo que *“fica evidente que um dos grandes problemas suscitados pela tutela dos interesses difusos é de ordem política. Caberá ao*

³⁴ - Idem, esp. PP..59-63.

³⁵ - Nas palavras de MANCUSO *“Cremos que a ação judicial de natureza coletiva deve ser mantida e aperfeiçoada como um dos canais de revelação dos interesses difusos dignos e merecedores de tutela. É preciso, todavia, cercar de cautelas essa participação popular através da justiça, sob pena de se incorrer em dois grandes riscos: a) a criação de uma área de atrito causada pela atuação do Poder Judiciário, acarretando uma resistência ao avanço da justiça nas áreas tradicionalmente reservadas aos outros Poderes; b) uma canalização exclusiva dos interesses difusos em direção ao Judiciário atingiria, por ricochete, um resultado indesejável, qual seja: a limitação da exteriorização desses interesses a uma só forma ou meio de expressão, contrariando a própria natureza difusa desses interesses e desestimulando os outros Poderes a dar-lhes tutela em sede adequada...”*. **Interesses Difusos – conceito e legitimação para agir**, op. cit. p. 106.

Judiciário agir com engenho e arte para outorgar a tutela adequada aos interesses difusos, em convivência harmoniosa com as competências reconhecidas aos outros dois Poderes, neutralizando, assim, a imputação de um governo di giudici".³⁶

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

Nesse cenário fica em aberto o problema de que equiparar interesses e direitos difusos para fins de tutela jurisdicional não resolve o problema de se saber *o que está sendo equiparado* (e o que não está). Equivale a dizer, como MANCUSO, que os interesses difusos simples (não amparados claramente *no* ordenamento) gozam de tutela jurisdicional. Ou seja, a distinção entre direito e não-direito é completamente concentrada na decisão judicial, vale adiantar, no centro do sistema jurídico. Sem a filtragem na periferia do sistema, a decisão não pacifica o conflito, permanece indistinto direito e não-direito, reproduzindo-se a conflituosidade.³⁷

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

³⁶ - Idem, p. 109.

³⁷ - Pense-se na conflituosidade produzida pela própria decisão em mandado de segurança coletivo movido pelo Sindicato das Empresas de Publicidade Exterior (Sepex) que suspende aplicação de lei municipal de São Paulo que proíbe outdoors.

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

MANCUSO busca evitar esse problema interpretando a fórmula de extensão (*qualquer outro interesse difuso*) à luz de sua alocação constitucional (art. 129, III da CF), ou seja, entre as competências do Ministério Público, vinculadas portanto à defesa da *ordem jurídica*, o *regime democrático* os *interesses sociais* e os *interesses individuais indisponíveis* (art. 127, CF). Nessa perspectiva, a defesa de um “*qualquer outro interesse difuso*” associa-se, ao menos para fins de legitimidade para demandar em juízo o interesse, à *relevância social* e a posições já caracterizadas na Constituição Federal, mas que carecem de explicitação do seu conteúdo semântico.³⁸

V. – Interesses difusos como direitos fundamentais constitucionais

À luz do direito constitucional, a discussão sobre a conflituosidade dos interesses difusos ganha amplitude e passa a envolver as finalidades do Estado, a separação entre os poderes (ou funções) estatais e a relação entre a normatividade jurídica do texto constitucional e a imperatividade fática dos poderes politicamente estabelecidos. Dados os limites do presente estudo, não se pretende esmiuçar todas essas linhas teóricas, até porque se trata do núcleo duro de praticamente toda a teoria constitucional.

Pode ser dito, no entanto, que, na medida em que a proteção e a realização dos interesses difusos passa a ser vista como uma função imposta constitucionalmente ao Estado, é relevante entender como isso interfere com a problemática da conflituosidade e da percepção dos limites do sistema jurídico. Vale dizer, trata-se de investigar até que ponto a previsão na Constituição da defesa dos interesses difusos pelo Estado (que envolve a garantia do acesso à justiça) corre o risco de institucionalizar mecanismos que afetam a diferenciação entre os sistemas jurídico e político.

³⁸- **A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas**, op. cit. p. 759.

Como aquisição evolutiva do sistema jurídico, a Constituição permitiu, de um lado, desestabilizar as bases jurídicas dos regimes monárquicos, contrapondo os ideais iluministas ao contratualismo e à soberania popular, o que se fazia necessário para implementar um Estado moderno que servisse aos interesses da classe social ascendente. Com o constitucionalismo, o monarca é reduzido à categoria de órgão do Estado, regido pelos valores constitucionais e o povo é reduzido a elemento do Estado, também sujeito portanto a esses valores. Assim, a Constituição dos Estados liberais permite juridicizar as estruturas políticas e mantê-las sob o controle dos interesses dirigentes do Estado.³⁹

E já a partir do séc. XIX tem início o debate acerca da relação entre política e direito intermediada pela Constituição. GEORG JELLINEK buscará definir a Constituição como expressão de princípios jurídicos que definem os órgãos do Estado, sua criação, o âmbito de sua atuação e a situação de cada um deles em relação ao poder do Estado. Para JELLINEK, a Constituição legitima procedimentalmente o exercício de um poder político que existe de fato, externo à Constituição. Por isso, deve haver, para esse autor, uma separação entre política e Constituição. O Estado detém o monopólio da produção do direito, de modo que os limites constitucionais à atuação do Estado são limites auto-impostos.⁴⁰ Ainda no séc. XIX, FERDINAND LASSALE irá traçar a distinção entre *Constituição* e *Constituição Jurídica* para aludir à distinção entre poder de fato (fatores reais do poder) e poder jurídico, que pode ou não concertar com a essência real da Constituição.⁴¹ No séc. XX, como observa GILBERTO BERCOVICI, tomam lugar as primeiras tentativas de se conciliar constitucionalismo e participação democrática no poder, reconhecido e amparado pelas Constituições, em especial em 1919 com a Constituição de Weimar,⁴² firmando-se o debate em torno das concepções neohegelianas (procedimental) e neokantianas (transcendental) de Estado e Constituição. Ou seja, se a Constituição é

³⁹- Como aponta GILBERTO BERCOVICI “*Embora liberais, as Constituições não serão, ainda, democráticas. E, mais importante, a Constituição não é do rei ou do povo, a Constituição é do Estado, assim como o direito é direito positivo, posto pelo Estado*”. **Constituição e política: uma relação difícil**. In **Lua Nova**, 2004, n.61, p.6, disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11 July 2007. Pré-publicação.

⁴⁰- GEORG JELLINEK, **Teoria General del Estado**, México: Fundo e Cultura Econômica, 2002, p.400 e ss.

⁴¹- FERDINAND LASSALE, **A Essência da Constituição**, 4ª. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

⁴²- Cf. GILBERTO BERCOVICI, **Constituição e Política: uma relação difícil**, op. cit. p. 7.

simplesmente a expressão ontológica daquilo que o Estado historicamente é, seja como ele for; ou se a Constituição impõe aos agentes estatais como o Estado *deve ser*.

Após a Segunda Guerra Mundial, os debates acerca das relações entre política, direito e Constituição, são retomados no contexto da estruturação de um direito internacional e da necessidade de se julgar “*juridicamente*” os atos que foram praticados pelos Estados perdedores (notoriamente os criminosos nazistas) em conformidade *formal* com as Constituições então vigentes. Para universalizar o ideário do lado vencedor, o constitucionalismo açambarca as subjetividades do *indivíduo universal*, proclamadas na Declaração Universal dos Direitos Humanos. O *homem universal* é englobado pela Constituição representando uma *ordem social* idealizada, que se coloca acima do Estado e dentro da Constituição.

Assim se torna possível juridicizar não apenas as estruturas do Estado, mas também a própria sociedade, sendo possível opor, por meio da mesma Constituição, Estado e Sociedade. Nesse cenário, as Constituições do pós-guerra, como anota BERCOVICI, não traçam apenas políticas para o Estado, elas “*Assumem conteúdo político, ou seja, englobam os princípios de legitimação do poder, não apenas sua organização. O campo constitucional é ampliado para abranger toda a sociedade, não só o Estado*”.⁴³

Atribuir força normativa jurídica à Constituição implica então determinar força normativa a valores materiais próprios dos quais nem os órgãos estatais nem a própria sociedade podem dispor. A partir dessa idéia que KONRAD HESSE vai buscar estabelecer o direito constitucional como uma ciência jurídica, ou seja, de um dever-ser voltado à vida de toda a sociedade (e não só do Estado).⁴⁴ A Constituição não descreve então uma realidade, ela impõe tarefas que, como coloca HESSE, *devem ser* concretizadas.⁴⁵

A Constituição é assim uma totalidade que engloba tanto um sentido normativo de modificação da realidade, como também, para garantir sua eficácia, se estrutura a partir da sua realidade histórica. Uma tal concepção de uma Constituição

⁴³ - GILBERTO BERCOVICI, **Constituição e Política: uma relação difícil**, op. cit. p. 9.

⁴⁴ - Cf. KONRAD HESSE. **A Força Normativa da Constituição**, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 11.

⁴⁵ - Idem, p. 19.

abrangente vai além da estruturação do poder para englobar também a realização desse poder. Assim, “*A política se manifesta não apenas na instauração da Constituição (o poder constituinte originário), mas também nos momentos seguintes, de efetivação da ordem constitucional por meio de uma política constitucional*”. A ideia de uma Constituição total (política, jurídica e sociológica), ao passo em que reafirma a normatividade da Constituição, “*politiza o Conceito de Constituição, que não se limita mais à sua normatividade*”.⁴⁶ Trata-se de um projeto teórico que implica levar em consideração o sentido, finalidade, princípios políticos e ideologia que conformam a Constituição e, assim, sua pretensão de transformação da realidade social.

A partir dessa concepção, a Constituição totalizante compromete-se não apenas com a estruturação do Estado, com a limitação do poder, mas também com a configuração das condições materiais de vida. A ideia da Constituição passa então a englobar todas outras esferas sociais – consideradas no *interesse público* – e não apenas aquelas atinentes ao poder politicamente estabelecido dos órgãos estatais. Como analisa BERCOVICI, “*O debate constitucional passa a travar-se entre aqueles que consideram a Constituição um simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de procedimentos, e os que acreditam que a Constituição deve aspirar a transformar-se num plano global que determina tarefas, estabelece programas e define fins para o Estado e para a sociedade*”.⁴⁷

Em oposição ao pensamento que vê na Constituição uma norma meramente definidora de procedimentos e instituidora de metas não-vinculantes, CANOTILHO delineia uma proposta teórica que atribui poder de modificação social e conformação do poder político à Constituição, cujas semânticas encontrarão ampla repercussão na literatura jurídica nacional: trata-se da proposta da Constituição Dirigente.⁴⁸ A concepção teórica da Constituição Dirigente desempenha um papel importante na concepção dos interesses difusos como direitos fundamentais. Ela legitima constitucionalmente – portanto em condições de flexibilizar o princípio da tripartição de

⁴⁶ - GILBERTO BERCOVICI, **Constituição e Política: uma relação difícil**, op. cit. p. 9.

⁴⁷ - Idem, p. 11.

⁴⁸ - JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO, **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, 2^a. ed., Coimbra: Coimbra, 2001.

funções estatais, ou outros princípios constitucionais – o exercício da jurisdição para demandar frente ao próprio Estado a perseguição da concretização de interesses difusos, na qualidade de direitos fundamentais de terceira geração.

A chamada *primeira geração de direitos fundamentais*, que teria predominado no século XIX, é composta dos direitos de liberdade, que correspondem aos direitos civis e políticos. Tendo como titular o indivíduo, os direitos de primeira geração são oponíveis à atividade do Estado, sendo traduzidos como faculdades ou atributos da pessoa humana, ostentando uma subjetividade que é seu traço marcante. São os direitos de resistência face ao Estado.⁴⁹ A *segunda geração de direitos fundamentais*, da mesma forma que a primeira, teria sido inicialmente objeto de formulação especulativa em campos políticos e filosóficos que possuíam grande cunho ideológico-social. Teriam predominado em especial na primeira metade do século XX, encontrando seu nascedouro nas reflexões ideológicas do pensamento antiliberal, demandando a atuação interventiva do Estado.⁵⁰

Proclamados nas Declarações solenes das constituições socialistas e também na Constituição de Weimar, os direitos de segunda geração exerceram também um papel preponderante nas formulações constitucionais após a segunda guerra. Fundados no princípio da igualdade – sendo esse a razão de ser daqueles – os direitos de segunda geração são considerados como sendo os direitos sociais, culturais, coletivos e econômicos, tendo sido inseridos nas constituições das diversas formas de Estados sociais. Dificuldades na implementação fática desses direitos teriam levado a teoria constitucional da primeira metade do século XX a considerá-los como despidos de juridicidade,⁵¹ perspectiva que veio a ser alterada nas últimas décadas do séc. XX, em especial na Teoria da Constituição Dirigente.

⁴⁹ - PAULO BONAVIDES, **Curso de direito constitucional**, op. cit., p. 517.

⁵⁰ - Idem p. 518.

⁵¹ - Como salienta PAULO BONAVIDES, esses direitos de segunda geração “*atravessaram, a seguir uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte, os direitos da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma*”. Idem, p. 518.

A delimitação dos direitos de *terceira geração* aparece menos nítida na literatura constitucional. São normalmente identificados como direitos de solidariedade, concernentes a toda a humanidade. BONAVIDES identifica esses direitos como sendo o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Os direitos fundamentais de terceira geração se impõem na sociedade perante a própria sociedade e o Estado. Sua perspectiva universalista (toda a humanidade) pode ainda fundamentar juridicamente a intervenção na própria soberania de outros Estados.⁵²

Nesses direitos fundamentais de terceira geração – ou mesmo quarta – encontram-se os interesses difusos. Às características todas já apontadas, construídas pela sua dogmática conceitual, somam-se as adjetivações políticas e jurídicas dos direitos fundamentais: a concretização desses interesses é imperativa para o Estado e para a sociedade. BOBBIO, a quem alguns atribuem a construção da sucessividade de gerações de direitos,⁵³ entende que os direitos fundamentais de terceira geração constituem uma

⁵²- Idem, p. 523. BONAVIDES extrapola ainda a noção universalista da terceira geração de direitos fundamentais para uma quarta geração, oponível à soberania das nações. Assim, a “*globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social*”. Os direitos da quarta geração consistiriam em um direito à democracia, à informação e ao pluralismo. Deles dependeria a materialização do Estado social em sua “*dimensão de máxima universalidade*”. Enquanto direito de quarta geração, a própria democracia seria o direito a uma democracia direta, possível graças aos avanços tecnológicos e sustentada legitimamente pela informação correta e aberturas pluralistas do sistema (uma contradição em si, portanto, já que a idéia de “informação correta” exclui a de pluralismo), livre das contaminações, vícios e perversões da mídia manipuladora (o que também não é factível, porque não se pode observar a mídia a não ser pela própria mídia). Idem, pp. 522-526.

⁵³- Anotam alguns autores que a tese das gerações de direito, erroneamente atribuída e assumida por BOBBIO, teria sido formulada por KAREL VASAK, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. Na ocasião esse autor teria falado em gerações de direitos, inspirado na bandeira francesa: *liberté, égalité, fraternité*. A primeira geração, *liberté*: os direitos de liberdade e os direitos individuais. A segunda geração, *égalité*: os direitos de igualdade e econômico-sociais. A terceira geração diz respeito a *solidarité*: os direitos de solidariedade. Nesse sentido ANTONIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE, **Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional**. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm, acessado em 13.7.2007; também MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002 e FLÁVIA PIOVESAN, **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 28.

categoria ainda “*excessivamente heterogênea e vaga, o que nos impede de compreender do que efetivamente se trata*”.⁵⁴

No desenvolvimento por BOBBIO da teoria das gerações de direitos, o aspecto central dá conta de que a proliferação de novos direitos é fruto de uma luta pelo reconhecimento e exigência da tutela desses direitos, que decorrem da afirmação dos diferentes aspectos da individualidade do homem. Não se trata, para BOBBIO, de uma imposição advinda de um direito natural metafísico. Mudanças na sociedade geram novas necessidades. Novas necessidades geram novos interesses e, na medida em que esses interesses conseguem se impor politicamente, implicam novas exigências de reconhecimento jurídico de proteção.⁵⁵ É problemático, portanto, justamente distinguir, para fins de identificar os direitos fundamentais, aqueles que conseguiram se impor politicamente ao ponto de demandar juridicamente reconhecimento – o que é justamente o que não ocorre, ao menos não da mesma maneira, com os interesses difusos.

⁵⁴- NORBERTO BOBBIO, **A Era dos Direitos**, op. cit., p. 25. Afirma ainda o autor que *O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído. Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo*”. Idem, *ibidem*.

⁵⁵- Explica o BOBBIO que “*Os direitos de terceira geração, como o de viver num ambiente não poluído, não poderiam ter sido sequer imaginados quando foram propostos os de segunda geração, do mesmo modo como estes últimos (por exemplo, o direito à instrução ou à assistência) não eram sequer concebíveis quando foram promulgadas as primeiras Declarações setecentistas. Essas exigências nascem somente quando nascem determinados carecimentos. Novos carecimentos nascem em função da mudança das condições sociais e quando o desenvolvimento técnico permite satisfazê-los. Falar de direitos naturais ou fundamentais, inalienáveis ou invioláveis, é usar fórmulas de uma linguagem persuasiva, que podem ter uma função prática num documento político, a de dar maior força à exigência, mas não têm nenhum valor teórico, sendo portanto completamente irrelevantes numa discussão de teoria do direito*”. E, mais adiante, com definitividade, expõe que “*O que distingue o momento atual em relação às épocas precedentes e reforça a demanda por novos direitos é a forma de poder que prevalece sobre todos os outros. A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico. Hoje, as ameaças à vida, à liberdade e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las. Entramos na era que é chamada pós-moderna e é caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, de transformação tecnológica e, conseqüentemente, também tecnocrática do mundo (...) Os direitos da nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles em que se encontraram as três correntes de idéias do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico. Bastam três exemplos centrais no debate atual: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a vida política tanto dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional...*”. Idem, pp. 26 e 229-230.

Justamente por isso, quando se fala em uma *terceira geração* de direitos fundamentais, BOBBIO suspeita da sua juridicidade. Entende o autor que não se pode confundir as aspirações legítimas a direitos (ainda que construídas com normatividade), que não indicam mais do que um direito a uma legislação que dê concreção a esse direito, com o direito já reconhecido e desse modo formulado. Assim, o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado não seria mais do que o direito a uma legislação que proíba a emissão de determinado nível de poluentes.⁵⁶

De outro lado, há volumosa doutrina, como a de COMPARATO, para quem “ausência de garantias jurídicas organizadas não o transforma [interesses difusos] em mera aspiração política” de modo que é possível “apontar para uma solução jurídica por assim dizer natural do problema da ausência de garantias”. Uma tal solução consistiria no controle judicial das políticas públicas, pois “como se viu, o desenvolvimento se realiza através de políticas públicas ou programas de ação governamental, nada mais lógico do que criar mecanismos para o controle judicial de políticas públicas, à luz do direito ao desenvolvimento, analogamente ao que ocorre, de há muito, com o controle judicial da constitucionalidade de leis e atos do Poder Público”.⁵⁷

Ou seja, considerar os interesses difusos como direitos fundamentais – e, portanto, oponíveis não só ao Estado, mas também à coletividade como um todo – implica, necessariamente, jurisdicionalizar conflitos entre Estado x Coletividade/Estado (governo) x Estado (oposição)/Coletividade x Coletividade. A natureza extremamente conflituosa desses interesses parece afastar, de plano, a possibilidade de se afirmar a pré-existência de uma resposta jurídica *trivial* (pronta, clara e normativa) a esses conflitos.

⁵⁶- Nas palavras de BOBBIO “O que dizer dos direitos de terceira e quarta geração? A única coisa que até agora se pode dizer é que são expressão de aspirações ideais, às quais o nome de direitos serve unicamente para atribuir um título de nobreza. Proclamar o direito dos indivíduos, não importa em que parte do mundo se encontrem (os direitos do homem são por si mesmos universais), de viver num mundo não poluído não significa mais do que expressar a aspiração a obter uma futura legislação que imponha limites ao uso de substâncias poluentes. Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido”.
Idem, p. 29.

⁵⁷- FÁBIO KONDER COMPARATO, **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, op. cit. p. 401.

Concebida a constituição como um todo dotado de normatividade imperativa, inclusive no que se refere às políticas públicas (que incidem sobre interesses tipicamente difusos), a ideia de concretização das consequências esperadas da proteção jurídica desses interesses ganha relevos de normatividade.

Pegue-se, por exemplo, o direito das futuras gerações ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, estatuído no art. 225 da Constituição Federal, considerado como um direito humano fundamental. Considerar o direito ao meio ambiente como um direito fundamental significa não só que se trata de um direito politicamente indisponível, mas também que a realização de determinadas consequências esperadas dessa tutela são obrigatórias e podem ser exigidas, não só do Poder Público, mas de todos.

Afinal, é a marca distintiva dos direitos difusos, quando considerados direitos fundamentais de terceira geração, o fato de que implicam deveres para toda a coletividade. E o texto constitucional confirma essa perspectiva, quando diz que impõe-se ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações (art. 224, CF).

Mas a imposição constitucional de solidariedade não faz com que a conflituosidade desapareça. Interesses difusos continuam a lidar com interesses (simples ou legítimos) plúrimos sobre objetos indivisíveis. Na balança do desenvolvimento sustentável, até onde se pode determinar normativamente a pendência ao desenvolvimento ou à sustentabilidade?

A canalização da conflituosidade haveria de ser uma questão tipicamente política, a cujo respeito o sistema jurídico pudesse fornecer as regras para os procedimentos decisórios e algumas balizas programáticas sobre o que não se pode decidir. Não se deveria esperar que decisões judiciais possam pautar a medida de convergência dos interesses sobre os interesses difusos, no caso, a medida do desenvolvimento sustentável, pois essa pedida não possui fundamento de juridicidade. Ela só pode ser obtida politicamente e deve estar constantemente sujeita ao aprendizado, isto é, a mudanças.

A concepção da tutela dos interesses difusos como um problema de direitos fundamentais tende a despolitizar ou eliminar a importância do debate propriamente político sobre esse conflito.

Um caso emblemático é o do Novo Código Florestal brasileiro (leis 12.651/2012 e 12.727/2012). Após décadas de aplicação deficiente da legislação de proteção florestal (o antigo Código Florestal) – e da formação de um passivo imenso de situações irregulares – o Novo Código Florestal, em alguns aspectos enrijeceu a proteção ambiental e, em outros, adotou uma postura mais permissiva. A par disso, permitiu, sob certas condições, a permanência de situações irregulares já consolidadas.

O debate político foi intenso e, em larga medida, transparente. Embora determinadas situações consolidadas fossem de fato irregulares (especialmente de utilização agrícola/pastoril em áreas que deveriam ser de proteção ambiental), tinham ganhado importância para a economia do país e nem sempre apresentavam risco para a sustentabilidade. Além disso, a necessidade de certas restrições na legislação então em vigor, promulgada em 1965, já não encontravam amparo científico ou mesmo nas práticas de outros países.

É certo que, de um ponto de vista exclusivamente ecológico, a melhor proposta seria aquela que instituisse o maior nível de restrição às atividades sócio-econômicas nas áreas com alguma cobertura vegetal. De outro lado, de um ponto de vista exclusivamente econômico, restrições tendem a ser vistas como prejuízo desnecessário (a não ser é claro pelo fato de que elas podem eliminar parte da concorrência). O problema de se achar o meio termo e as concessões necessárias é, essencialmente, político.

Não obstante, tão logo aprovado, o Novo Código Florestal já foi objeto de ações de inconstitucionalidade movidas por ambos os lados da polêmica. De um lado os que entendem que a consolidação de áreas e permissividades seriam retrocessos vedados pela Constituição. De outro lado, os que entendem que, onde o regime enrijeceu, houve retrocesso no direito ao uso da propriedade e ao próprio patamar de desenvolvimento e econômico do país.

É verdade que a teoria jurídica oferece mecanismos complexos e elegantes de fundamentação e motivação para situações assim (notadamente, os modelos baseados na proporcionalidade e ponderação de interesses). No entanto, mesmo com toda a fundamentação técnica, a natureza do objeto da decisão (a medida certa entre desenvolvimento e sustentabilidade) deixa evidente que se escoa para o sistema jurídico os riscos político do decidir.

Para a lei, não existem espaços de neutralidade constitucional. Mesmo quando atua como corte constitucional, o STF não pode deixar de decidir. Negar a inconstitucionalidade implica declarar a constitucionalidade, validando juridicamente o resultado do debate político.

O risco aqui é que, ao contrário do sistema político, o sistema jurídico não goza dos mesmos mecanismos para lidar com a pressão da mídia e da opinião pública e, mais importante, não pode, correlativamente, mudar suas decisões. Qualquer que seja a decisão do STF se, em alguns anos, ela se mostra inadequada ou ineficaz, não há mecanismos para se alterar o que foi decidido.

Além disso, a jurisdicionalização de questões políticas tende a gerar um Judiciário crescentemente politizado (posto que apartidário) e que tende a decidir pautado pela opinião pública. A recente tendência de transmitir julgamentos em rede nacional, o destaque desses julgamentos na pauta da imprensa, o hábito de convocar audiências públicas para os casos de grande repercussão, tudo isso mostra um Judiciário cada vez mais permeável (ainda que não necessariamente suscetível) às pressões de todo tipo.

Um Judiciário exposto dessa maneira pode ter dificuldades para tutelar os direitos fundamentais individuais que, historicamente, imunizam o indivíduo contra o Estado e contra a coletividade. Os níveis de garantismo podem ser abalados em um sistema jurídico cujos Tribunais estejam comprometidos com a concretização de (determinadas) políticas públicas.

VI. – Conclusão

A par dos riscos de um Judiciário politizado, deve-se retomar a premissa deste trabalho para perguntar: os direitos fundamentais são uma auto-representação adequada dos interesses difusos, marcados pela conflituosidade interna máxima?

Tratar os interesses difusos como direitos fundamentais parece ocultar a lógica da conflituosidade e desviar a atenção daquilo que, do ponto de vista do conflito, parece ser a prestação mais relevante que o direito pode oferecer, que é a regulação jurídica para resolução do conflitos e não a reposta sobre qual lado do conflito deve prevalecer.

Construir os interesses difusos como direitos fundamentais implica apresenta-los como indisponíveis ou, ao menos, focar a atenção naquilo que é indisponível e, portanto, insuscetível de debate. Jurisdicionalizar os debates em torno das políticas públicas voltadas à consecução desses direitos piora a situação, pois o Judiciário não pode manter o debate em aberto, para que seja modulado na medida em que se avança na realização do interesse. O Judiciário deve decidir.

A conflituosidade inerente aos interesses difusos é constante e sua canalização deve possibilitar o aprendizado e constante modulação das expectativas dos interessados. Construir os interesses difusos como interesses legítimos – mesmo quando sua realização está associada a um direito individual fundamental (como o direito à vida e à dignidade) poderia fornecer ao sistema jurídico uma auto-representação mais fecunda para esses interesses.

Bibliografia

- BARBOSA MOREIRA, JOSÉ Carlos. **Ações coletivas na Constituição Federal de 1988**, RePro São Paulo: RT, n.61.
- BEDAQUE, JOSÉ ROBERTO DOS SANTOS. **Direito e processo**, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. **Poderes instrutórios do juiz**, São Paulo: RT, 1991.
- BOBBIO, NORBERTO. **A Era dos Direitos**. nova edição, trad. Carlos Nelson de Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, PAULO. **Curso de direito constitucional**, op. cit., p. 517.
- CANÇADO TRINDADE, ANTONIO AUGUSTO. **Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional**. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/Cancado_Bob.htm, acessado em
- CANOTILHO, JOSÉ JOAQUIM GOMES. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**, 2ª. ed., Coimbra: Coimbra, 2001.
- CAPPELLETTI, MAURO **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1993.
- COMPARATO, FÁBIO KONDER. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**, 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2007
- COUTURE, EDUARDO, **Vocabulário Jurídico**. Trad. A. H. Guaglianone. Buenos Aires: Depalma, 1973.
- DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL **Instituições de processo civil**, vol. II, São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____, **A Instrumentalidade do Processo**,
- FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. **Direitos humanos fundamentais**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- FIORILLO, CELSO ANTONIO PACHECO **A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos, in Ação civil pública – lei 7347/85 – Reflexões e reminiscências após dez anos de aplicação**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.
- GILBERTO BERCOVICI **Constituição e política: uma relação difícil**. *In Lua Nova*, 2004, n. 61.
- GRINOVER, ADA PELLEGRINI **Novas tendências da tutela jurisdicional dos interesses difusos in Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**, São Paulo: Forense Universitária, 1990.
- _____. **Significado Social, Político e Jurídico da Tutela dos Interesses Difusos in A Marcha do Processo**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- HESSE, KONRAD. **A Força Normativa da Constituição**, trad. Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.
- JELLINEK, GEORG. **Teoria General del Estado**, México: Fundo e Cultura Econômica, 2002, p.400 e ss.
- LASSALE, FERDINAND **A Essência da Constituição**, 4ª. ed., Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.
- LIEBMAN, ENRICO TÚLIO **Manual de Direito Processual Civil**, São Paulo: Malheiros, 2005.
- LUHMANN, NIKLAS **Poder**, Brasília: Ed. UNB, 1973.
- _____. **Legitimação pelo Procedimento**, trad. Maria da Conceição Coorte-Real, Ed. Unb, Brasília, 1980 (coleção pensamento político, 15).
- MANCUSO, RODOLFO DE CAMARGO. **Interesses difusos: conceito e legitimação para agir**, 3ª. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

- _____, **A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas in Ação Civil Pública – lei 7.347/85 15 anos, 2ª. Ed.**, (Coord. ÉDIS MILARÉ) São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada – teoria geral das ações coletivas**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- NERY JR., NELSON, *in* **Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo in Revista de Direito Privado**, n.5, São Paulo, 2001.
- PIOVESAN, FLÁVIA **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- RAO, VICENTE. **O Direito e a vida dos direitos**, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- RODRIGUES, MARCELO ABELHA, **Elementos de Direito Ambiental, – parte geral**, 2ª. ed., São Paulo: RT, 2005.
- WATANABE, KAZUO **Código brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª. Ed.**, (ADA PELLEGRINI GRINOVER... [et. al.]), Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, pp. 718-719..