

OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO E ALGUNS DESDOBRAMENTOS

RODRIGO COIMBRA¹

RESUMO: O presente artigo demonstra que os direitos transindividuais, no Brasil, observam os critérios de fundamentalidade, sendo direitos fundamentais de terceira dimensão, em face da sua indivisibilidade e inexistência de titular individual. Sustenta-se, entre outros desdobramentos acerca da matéria, que a concepção doutrinária que defende a presunção da perspectiva subjetiva sob a perspectiva objetiva não se aplica da mesma forma aos direitos de terceira dimensão, mas tão somente aos direitos de primeira e segunda dimensões, pois nessa dimensão de direitos a finalidade precípua é a proteção da coletividade e não do indivíduo isoladamente, ainda que o indivíduo faça parte dessa coletividade. Defende-se que o mais adequado para os direitos fundamentais de terceira geração é serem analisados sempre sob a dupla perspectiva, numa relação coexistência e complementaridade recíproca, sem dar tanto ênfase as perspectivas isoladamente, pois tal visão reduz os próprios direitos fundamentais dessa dimensão. Argumenta-se que os efeitos horizontais, enquanto um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, também possui grande relevância no âmbito dos direitos transindividuais, como por exemplo, no direito ambiental, no direito coletivo do trabalho, no direito do consumidor, entre outros. Propugna-se, por fim, que os direitos transindividuais, na qualidade de direitos fundamentais de terceira dimensão, têm importante relação com os direitos fundamentais prestacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Transindividuais; Direitos Fundamentais; Terceira Dimensão; Perspectiva Objetiva; Perspectiva Subjetiva.

ABSTRACT: This article demonstrates that transindividual rights in Brazil are of third dimensions, noted the criterion of fundamentality and the face of its indivisibility and lack of individual holder. Among others developments about the subject that doctrinal concept who defends the presumption of subjective

Artigo recebido em 05.07.2011. Pareceres emitidos em 09.08.2011 e 29.08.2011.

Artigo aceito para publicação em 05.09.2011.

¹ Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre-RS. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo-RS. Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Processos Coletivos", do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, coordenado pelo Prof. Dr. José Maria Tesheiner. Coordenador de Curso de Pós-Graduação na ESADE-Escola Superior de Administração, Direito e Economia, Porto Alegre-RS. Advogado. rodrigo.coimbra@terra.com.br

perspective under objective perspective not apply similar to the rights of third dimension, only to rights of first and second dimensions, because in this dimension rights to primary purpose is the protection of collective and not individual isolation, even though the individual forms part of the collectivity. It argues that the most appropriate for the fundamental rights of third generation is always be analyzed under the dual perspective, coexistence connection and mutual complementary, without giving emphasis from perspectives on isolation, because such vision reduces own fundamental rights. It argues the horizontal effects, while one of the most relevant development from perspective objective of fundamental rights, it also has great relevance transindividual rights, for example: environmental, collective labor and consumer rights, among others. Finally, it suggests that transindividual rights, on quality of fundamental rights of third dimension have important connection with fundamental rights prestaciones.

KEYWORDS: Transindividual Rights; Fundamental Rights; Third Dimension; Subjective Perspective; Objective Perspective.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Direitos Transindividuais em Perspectiva Conceitual; 2. A Tutela de Direitos Transindividuais no Brasil; 3. Os Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão em Perspectiva Conceitual; 4. Os Direitos Transindividuais como Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão; 5. Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão: Perspectivas Objetiva e Subjetiva e outros Desdobramentos; Considerações Finais; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. Transindividual Rights in the Conceptual Perspective; 2. The Protection of Transindividual Rights in Brazil; 3. The Fundamental Rights of the Third Dimension in the Conceptual Perspective; 4. The Transindividual Rights as Fundamental Rights of the Third Dimension. 5. Fundamental Rights of the Third Dimension: Objective and Subjective Perspectives and Developments; Concluding Remarks; References.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende demonstrar que os direitos transindividuais preenchem os critérios de fundamentalidade, sendo típicos direitos fundamentais de terceira dimensão, cuja nota característica é a titularidade coletiva, atribuídos, genericamente, a todos os integrantes de uma coletividade, consagrando o princípio da solidariedade.

Como método científico de abordagem do assunto será utilizado o método dedutivo. A abordagem da pesquisa se dará pelo modelo qualitativo na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto.

Entre outros problemas que se enfrenta, questiona-se se os direitos fundamentais de terceira geração devem ser pensados da mesma forma em comparação com os direitos de primeira e segunda geração, no que tangem as perspectiva objetiva e subjetiva, sobretudo em relação ao entendimento capitaneado por Alexy e seguido por Canotilho, e outros, sobre a chamada presunção de prevalência da perspectiva subjetiva em detrimento da perspectiva objetiva (tese da "subjetivação"), dada a sua nota distintiva da titularidade coletiva resultante da indivisibilidade jurídica e material do próprio direito de natureza transindividual.

Para tanto, o presente trabalho está dividido, no seu desenvolvimento, em cinco seções, abordando os direitos transindividuais em perspectiva conceitual, a tutela de direitos transindividuais no Brasil, os direitos fundamentais de terceira dimensão em perspectiva conceitual, os direitos transindividuais como direitos fundamentais de terceira dimensão, perspectivas objetiva e subjetiva e outros desdobramentos.

1. OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS EM PERSPECTIVA CONCEITUAL

A idéia de irradiação, de interligação entre o direito público e o direito privado, segundo a qual o direito não comporta mais separações radicais, referida por Ludwig Raizer², em seu célebre ensaio – *O Futuro do Direito Privado* –, está muito presente na tutela dos direitos difusos e coletivos³. Tratando da relação existente entre direito público e privado, Raizer diz que não se mostra apropriada a velha concepção de dois círculos fechados e interseccionados, nem a proposta de fundir ambos em um sistema unitário de Direito Comum, mas o quadro seria de uma elipse com dois focos de irradiação, entre os quais aparece um campo intermediário, influenciado pelos dois centros⁴. Os direitos transindividuais são o supra-sumo dessa interseção, contendo uma fusão tamanha entre direitos públicos e privados, a ponto de tornar irrelevante a separação do que é público e privado⁵.

Os direitos transindividuais ou coletivos *lato sensu* abrangem os direitos difusos e os direitos coletivos *stricto sensu*. O termo difuso, utilizado bastante nos dias atuais, não foi criado modernamente. Sua origem encontra-se na doutrina romanística. Vittorio Scialoja⁶ já se referia ao conceito de difuso, no século passado, ao mencionar que “direitos difusos, que não se concentram

² RAIZER, Ludwig. O futuro do Direito Privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre: Instituto de Informática Jurídica, nº 25, 1979, p. 21.

³ Nesse sentido, Tesheiner explica que a tutela difusa do meio ambiente até a criação da ação civil pública era matéria exclusiva da Administração Pública: “jurisdicionalizou-se essa matéria, permanecendo, porém, sua natureza essencialmente administrativa, podendo-se dizer que as ações relativas a direitos difusos são jurisdicionais apenas pela forma dialética do processo” (TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Temas de Direito e Processos Coletivos*. Porto Alegre: HS Editora, 2010, p. 43).

⁴ Sobre a interpretação sistemática e a superação da dicotomia rígida entre direito público e direito privado, “redimensionada como campo nobre de incidência e de concretização dos princípios e regras constitucionais” ver FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 227-228.

⁵ Poder-se-ia ir mais longe, mas isso fugiria do objetivo do presente trabalho. De toda forma, relacionando-se, ainda que muito brevemente, essa questão com a influência do tempo e do espaço, vale o ensinamento de Pontes de Miranda: “A experiência é fragmentária, dá-nos o mundo em pequenos pedaços, e é por isso que reputamos quase infixável o fenômeno do Direito; mas, nas outras ciências, não se passam diferentemente as coisas: o tempo introduz a mobilidade do mundo; sob forma estática, o Direito é um só, susceptível de ser estudado fora das suas manifestações particulares, resultantes e diferenciadas pelo espaço e pelo tempo” (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. t.1. Campinas: Bookseller, 2000, p. 199-200).

⁶ SCIALOJA, Vittorio. *Procedura Civile Romana*. Roma: Anônima Romana Editoriale, 1932, p. 345.

no povo considerado como entidade, mas que tem por próprio titular realmente cada um dos participantes da comunidade”.

Àquela ocasião, todavia, não se havia estabelecido a diferença entre direitos difusos e coletivos, sendo o termo difuso utilizado como sinônimo do que hoje se convencionou chamar de direitos transindividuais ou metaindividuais. Conceitualmente, os direitos transindividuais são direitos indivisíveis e não possuem titularidade individual determinada, porque não pertencem a indivíduos isolados, mas a grupos, categorias ou classe de pessoas, diferentemente dos direitos individuais (ainda que homogêneos⁷), que são divisíveis e têm titulares juridicamente certos⁸, advertindo Zavaski⁹ que “não se pode confundir a eventual *impossibilidade prática* de identificar os titulares dos direitos subjetivos homogêneos com a *inexistência* de titular individual ou com a *indivisibilidade* (jurídica e material) *do próprio direito*”.

Hoje, as fronteiras das duas espécies que compõem os direitos transindividuais estão definitivamente delimitadas, sendo difuso o direito que abrange número indeterminado de pessoas unidas por um mesmo fato (exemplo: direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – CF, art. 225), enquanto os direitos coletivos são os pertencentes a grupos ou categorias de pessoas determináveis unidas por uma mesma base jurídica, “tendo como característica principal a ligação com o fenômeno associativo, dirigindo-se aos fins sociais dos grupos”¹⁰ (exemplo: direito de classe dos advogados de ter representação na composição dos Tribunais – CF, art. 94)¹¹.

Nesse sentido, Milaré¹², entre outros, define que a indeterminidade é a nota distintiva dos direitos difusos e a determinidade dos direitos coletivos¹³, ressaltando Zavaski que a determinação dos titulares dos direitos coletivos é relativa, ou seja, não possuem titular individual¹⁴. E, a semelhança de

⁷ É importante esclarecer e salientar que os direitos difusos e coletivos (espécies do gênero transindividuais) não abrangem os direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum, de acordo com o inciso III do art. 81 da Lei 8.078/90, conhecida por Código de Defesa do Consumidor. Note-se que tais direitos ainda que homogêneos são direitos individuais e isso os distingue visceralmente dos direitos transindividuais, sendo tal distinção relevante para outros desdobramentos que serão trabalhados posteriormente.

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 39, jul. 1995, p. 74; DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. v. 4, Salvador: JusPodivm, 2010, p. 73-75; GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 20-22.

⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 36-37.

¹⁰ Conforme FRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 39.

¹¹ Exemplos de ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

¹² MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 27-28.

¹³ MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 27-28.

¹⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 37.

ambos (que compõem o gênero denominado direitos transindividuais) é a indivisibilidade jurídica e material do próprio direito, ou seja, tal direito não pode ser satisfeito nem lesado senão em forma que afete a todos os possíveis titulares. Essa noção é crucial para a comparação dos direitos transindividuais, com os direitos individuais, que possuem hegemonia incontestável há muitos séculos e cujos reflexos aparecem na conceitualização e nos efeitos da grande maioria dos institutos de direito material e de direito processual brasileiros¹⁵. O arraigamento histórico e cultural dos direitos individuais é um dos principais óbices para a aceitação e a adequada utilização dos direitos transindividuais.

Note-se que a idéia de transindividualidade é dinâmica, complexa e plural, afetando a uma coletividade e a cada um ao mesmo tempo, como no caso das mudanças climáticas, tendo espaço maior ou menor, sem perder a sua natureza de indivisibilidade. A globalidade é gradativa no delinear da construção do pensamento sistêmico¹⁶.

2. A TUTELA DE DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO BRASIL

Já diziam Cappelletti e Garth¹⁷, tratando do segundo grande movimento (ou “onda”) no esforço de melhorar o acesso à justiça, que a concepção tradicional de processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos, pois “o processo civil era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais”, destacando que “direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema”.

¹⁵ Após um aprofundado escorço histórico da jurisdição na tradição romano-germânica tendo em vista o direito material e o direito processual, Ovidio dispara: “Quem se der ao trabalho de considerar esse terrível descompasso entre as exigências e aspirações contemporâneas, e o instrumental de que os processualistas dispõem, terá condições de compreender e avaliar a dimensão da crise de nossas instituições judiciárias” (SILVA, Ovidio. A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 142); Nessa linha, Tesheiner esclarece que “[...] o direito subjetivo era necessariamente individual [...]”, demonstrando a clara presença do individualismo, “porque dependente a ação da vontade do interessado”, destacando o autor que nessa concepção “[...] não havia espaço para a tutela jurisdicional de interesses difuso, matéria cometida à Administração Pública [...]”, conforme TESHEINER, José Maria. *Jurisdição e Direito Objetivo. Justiça do Trabalho*. nº 325, p. 30-31, jan. 2011.

¹⁶ Nessa linha demonstrando a complexidade e a gradativa globalidade da problemática ambiental Ost explica que: “Se, nos primeiros tempos da protecção da natureza o legislador se preocupava exclusivamente com tal espécie e tal espaço, beneficiando dos favores do público (critério simultaneamente antropocêntrico, local e particular), chegamos hoje à protecção de objectos infinitamente mais abstractos e mais englobantes, como o clima e a biodiversidade”, conforme OST, François. *A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à prova do direito*. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 112; Sobre o desenvolvimento do pensamento tópico sistêmico ver FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 65-86.

¹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 49-50.

Conforme explica Zavascki, após substancial arrazoado acerca dos antecedentes históricos dos instrumentos do processo coletivo, “foi o legislador brasileiro, na verdade, que protagonizou, de modo muito mais profundo e mais rico do nos países da civil Law ‘a revolução’ mencionada por Capelletti e Garth, em prol da criação de instrumentos de tutela coletiva”. Essa “revolução” brasileira nos domínios dos direitos de natureza coletiva começa ainda na década de 1960 e culmina com a atualidade. Passa-se a expor, brevemente, as principais espécies de ações coletivas, visando demonstrar a existência de efetivos meios de tutela de direitos transindividuais no Brasil:

2.1. Ação popular: na ação popular toca ao cidadão a defesa de direitos transindividuais que visem anular ato lesivo: (a) ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; (b) à moralidade administrativa; (c) ao meio ambiente; (d) e ao patrimônio histórico e cultural, conforme art. 5º, LXXIII da Constituição Federal de 1988 e art. 1º da Lei 4.717/1965. Ainda que “qualquer cidadão” seja parte legítima para propor essa ação¹⁸, ela visa tutelar os direitos transindividuais acima elencados, que transcendem os direitos individuais do(s) cidadão(s) que ajuízam essa ação e alcançam toda uma coletividade. Nesse sentido, Zavascki¹⁹ esclarece que:

“A transindividualidade dos direitos tutelados por ação popular fica evidenciada não apenas quando seu objeto é a proteção do meio ambiente ou do patrimônio histórico e cultural (direitos tipicamente difusos, sem titular determinado)”, mas também quando busca anular atos lesivos ao patrimônio das pessoas de direito público ou de entidades de que o Estado tenha participação. Nesse caso, embora o patrimônio tutelado esteja sob o domínio jurídico-formal (=sob a propriedade) de uma pessoa juridicamente identificada, ele, real e substancialmente, pertence a coletividade como um todo” [...].

2.2. Ação civil pública: a ação civil pública poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer²⁰, visando a tutela dos seguintes direitos transindividuais²¹: (a) ao meio ambiente;

¹⁸ TESHEINER, José Maria; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Partes e Legitimidade nas Ações Coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 180, fev. 2010, p. 14-15.

¹⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 79; Nesse sentido também: SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 2; MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos e Difusos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 39, p. 55-77, São Paulo, RT, 1995, p. 74.

²⁰ Esclarece Zavascki que a ação civil pública admite cumulação de tutelas preventiva e reparatória e de prestações com distinta natureza (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 58-61); Explica Mancuso que “o objeto, nas ações civis, é exteriorizado através do pedido”. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 32.

²¹ Essa ação também pode ser ajuizada visando a tutela de direitos individuais homogêneos, inclusive cumuladamente com a tutela de direitos transindividuais, conforme ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo:

(b) ao consumidor; (c) a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; (d) outros direitos difusos e coletivos²², conforme o disposto nos arts. 1º e 3º da Lei 7.347/85 e art. 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

2.3. Ação de improbidade administrativa: a característica fundamental da ação de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF de 1988 e Lei 8.429/92), é a de ser tipicamente repressiva, traço que marca sua profunda diferença em relação à ação popular e à ação civil pública²³. O objeto principal da ação de improbidade administrativa não é o de preservar ou de recompor o patrimônio público ou os atos da administração, como ocorre na ação civil pública e na ação popular, mas eminentemente o de punir os responsáveis por atos de improbidade, tipificados na Lei 8.429/92²⁴, por meio da aplicação de penalidades substancialmente semelhantes às das infrações penais²⁵.

Isso não significa que a ação de improbidade administrativa não pode conter pedido de ressarcimento de danos, todavia tal pedido será meramente acessório, uma vez que necessariamente cumulado com pedido de aplicação

Revista dos Tribunais, 2009, p. 61-62, todavia o presente estudo está limitado aos direitos transindividuais; Acerca da legitimidade ativa e passiva nas ações coletivas e na espécie ação civil pública ver TESHEINER, José Maria; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Partes e Legitimidade nas Ações Coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 180, fev. 2010, p. 15-38.

²² Sobre os bens protegidos pela ação civil pública ver também ALVIM, Arruda. Ação civil pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 87, jul.-set. 1997, p. 87.

²³ Nesse sentido, ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 109. Em sentido diverso, Grinover sustenta que a ação de improbidade tem natureza de ação popular, “porquanto objetiva defender o interesse público (moralidade e probidade administrativa, reparação ao erário), que é comum a todos”, definindo-a como uma “ação nova espécie de ação popular, com legitimidade ativa conferida ao Ministério Público”, conforme GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à Ação Popular. In: *Ação Civil Pública*. MILARÉ, Edis (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 23-27.

²⁴ Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma da Lei 8.429/92. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos, conforme o art. 1º e parágrafo único da Lei 8.429/92.

²⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 94 e 109; Esclarece Zavaski que “embora inquestionável que as sanções por ato de improbidade, previstos na Lei 8.429/92, não têm natureza penal, há, todavia, inúmeros pontos de identidade entre as duas espécies, seja quanto à sua função (que é punitiva e com finalidade pedagógica e intimidatória, visando a inibir novas infrações), seja quanto ao conteúdo” (ZAVASCKI, Teori Albino. Prefácio. In: *Temas de Improbidade Administrativa*. JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. XII).

de uma das sanções punitivas cominadas com ato ilícito, o que acontece na ação de improbidade que vise à aplicação de sanção ressarcimento ao erário²⁶. Para o presente estudo é importante deixar claro que a ação de improbidade administrativa tutela direitos transindividuais, uma vez que a probidade da Administrativa Pública é inerente ao Estado Democrático de Direito²⁷ e o titular do direito a um governo probado em relação às coisas públicas é o povo (coletividade). Trata-se de direito de cidadania, cujo titular é povo, em nome e em benefício de quem atuam, ou devem atuar os titulares das funções de administração do Estado, conforme esclarece Zavascki²⁸.

2.4. Mandado de segurança coletivo: o mandado de segurança coletivo visa proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, derivado de ilegalidade ou abuso de poder, por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça, podendo ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial, conforme disposto nos arts. 1º e 21, da Lei 12.016/2009 e art. 5º, LXX, da Constituição Federal.

Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

- a) coletivos, assim entendidos, para efeito desta lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;
- b) individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da

²⁶ Atentando para a característica fundamental da ação de improbidade administrativa, a qual denomina de "dupla face da ação", Teori Albino Zavascki esclarece que essa ação: "é repressivo-reparatória, no que se refere à sanção de ressarcimento ao erário; e é repressivo-punitiva, no que se refere às demais sanções. Quanto ao primeiro aspecto ela é semelhante à ação civil pública comum; mas quanto ao segundo aspecto, ela é semelhante à ação civil pública comum; mas quanto ao segundo aspecto, ela assume características incomuns e inéditas, sem similar em nosso sistema processual civil" (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 109).

²⁷ Conforme destaca Juarez Freitas, "[...] o princípio constitucional da moralidade, em nosso sistema, ostenta envergadura constitucional e, nessa medida, a probidade (interna e externa) é vinculante para o agente público" [...], "[...] visto como inerência do direito fundamental à boa administração pública[...]", conforme FREITAS, Juarez. Princípio constitucional da moralidade e o direito fundamental à boa administração pública. In: *Temas de Improbidade Administrativa*. JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 355.

²⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Prefácio. In: *Temas de Improbidade Administrativa*. JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. XI.

totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante, conforme o disposto no art. 21, parágrafo único, da Lei 12.016/2009.

Contudo, cabe a advertência de que adequada tutela de direitos transindividuais exige “redimensionar e repensar inúmeros institutos do processo civil clássico, porquanto vários deles foram imaginados para operar – e somente conseguem operar adequadamente – no plano individual, tendo reduzida ou nenhuma função no plano coletivo”, conforme adverte Arenhart²⁹, referindo-se as novas perspectivas de tutela em face das atuais dimensões do direito material. Nessa esteira, urge a necessidade de se repensar e redimensionar não apenas institutos de processo, mas também de direito material no que tange aos direitos transindividuais.

3. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO EM PERSPECTIVA CONCEITUAL

Conforme Sarlet³⁰ “a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem”. Esclarece, ainda, o autor, que “somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas ‘gerações’ (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento das novas necessidades básicas”.

Os direitos fundamentais, desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Neste contexto, costuma-se falar de três dimensões (gerações) de direitos, numa relação de complementariedade, havendo inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo de uma quinta e sexta dimensões³¹.

²⁹ ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 41-42.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 36-37. Para o estudo da perspectiva histórica dos direitos naturais do homem aos direitos fundamentais constitucionais e a problemática das dimensões dos direitos fundamentais ver p. 36-57; Nesse sentido é a proposta de Zagrebelsky, reconduzindo o Estado Constitucional ao direito “mitte”, “dúctil”, maleável, moldável, fluido, a fim de que se encontre a solução mais justa para o caso concreto (ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2007, p. 17-18).

³¹ A doutrina tem preferido atualmente a expressão “dimensões” em detrimento do termo “gerações”, pelo entendimento de que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de forma que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição esta que também passa-se a adotar nesse trabalho, na esteira da mais moderna doutrina (SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos*

A terceira dimensão dos direitos fundamentais é constituída pelos chamados direitos de solidariedade e fraternidade, cuja nota distintiva “reside basicamente na sua titularidade coletiva, muitas vezes indefinida e indeterminável, o que se revela a título de exemplo, especialmente no direito ao meio ambiente e qualidade de vida, o qual, em que pese ficar preservada a sua dimensão individual, reclama novas técnicas de garantia e proteção”³². Nesse sentido, o STF, ao julgar a ADI n. 3540-1, pronunciou que “todos têm direito ao ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima geração dimensão), que assiste a todo gênero humano (RTJ 158-205-206). Incumbe, ao Estado e a própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164-158-161)”³³.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são direitos de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagrando o princípio da solidariedade e constituindo ao lado dos denominados direitos de quarta dimensão (como o direito ao desenvolvimento e à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível³⁴.

A terceira dimensão dos direitos fundamentais encontra-se atrás da primeira e da segunda dimensões, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação³⁵. Todavia, ao menos no Brasil, em relação aos direitos transindividuais, objeto principal

Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 45).

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 49; A irreversibilidade de alguns danos causados à natureza (OST, François. *A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à prova do direito*. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 109) reclamam novas tutelas do direito, como por exemplo, a tutela inibitória exposta por MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 249-380; Lorenzetti, tratando dessa matéria no âmbito do Direito Argentino, fala em: prevenção, recomposição (“in natura”) e reparação (pecuniária substitutiva), em LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria Geral do Direito Ambiental*. Tradução Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 39-40.

³³ STF, Tribunal Pleno, ADI nº 3.540-1/DF, Relator Min. Celso de Mello, DJ 01.09.2005; Nesse sentido, já se manifestavam os estudiosos das relações entre a natureza e o direito: “O Estado, tornado intervencionista, não pode mais ignorar os desequilíbrios ecológicos que se ameaçam”, conforme OST, François. *A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à prova do direito*. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 103.

³⁴ LAFER, Celso. *Desafios: ética e política*. São Paulo: Siciliano, 1995, p. 239; Nesse sentido também BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 4. ed. 1993, p. 481.

³⁵ LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 125-134.

desse artigo, existem diversas previsões e constitucionais que serão a seguir detalhadas (as infraconstitucionais já foram comentadas no item precedente).

4. OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO

Agora, pretende-se demonstrar que os direitos transindividuais inserem-se na terceira dimensão dos direitos fundamentais.

Conjugando os dois primeiros tópicos desse ensaio, entende-se que no Brasil os direitos transindividuais são fundamentais, uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagrou, expressamente, diversos direitos de natureza transindividual (difusos e coletivos *stricto sensu*), como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), à preservação da probidade administrativa (art. 37, parágrafo 4º) e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII). Além disso, a Carta Magna elevou à estatura constitucional os instrumentos para a tutela processual desses novos direitos ao alargar o âmbito da ação popular, que passou a ter por objeto expresso um significativo rol de direitos transindividuais: moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII). Ainda nessa linha de instrumentalizar a efetivação dos direitos transindividuais a Constituição conferiu legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública para a proteção de quaisquer direitos difusos e coletivos (art. 129, III)³⁶.

De acordo com concepção amplamente consagrada, os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição (explícita ou implicitamente). Um determinado direito é fundamental “não apenas pela relevância do bem jurídico tutelada em si mesma (por mais importante que o seja), mas pela relevância daquele bem jurídico na perspectiva das opções do Constituinte, acompanhada da atribuição da hierarquia normativa correspondente e do regime jurídico-constitucional assegurado pelo Constituinte às normas de direitos fundamentais”, conforme explica Sarlet³⁷. É por essa razão que um direito pode ser fundamental em um país e não ser em outro. Todavia, isso não significa dizer que seja possível reduzir a noção de direitos fundamentais a um conceito meramente formalista ou mesmo nominal, como sendo apenas

³⁶ Ainda que sem a conotação de fundamentalidade dos direitos transindividuais, mas demonstrando a condição de estatura superior dada a tais direitos pela Constituição Federal de 1988: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 31.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.76; Sobre a exigibilidade em juízo (“justicialidade”) dos direitos fundamentais a prestações positivas do Estado ver TALAMINI, Eduardo. Concretização jurisdicional de direitos fundamentais a prestações positivas do Estado. In: *Instrumentos de Coerção e outros Temas de Direito Processual Civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 151-155.

os direitos expressamente consagrado como tais, o que leva ao tema da abertura material do catálogo de direitos fundamentais no direito constitucional positivo brasileiro.

Da norma contida no parágrafo 2º do art. 5º da CF de 1988³⁸, seguindo a tradição do nosso direito constitucional republicado, desde a Constituição de fevereiro de 1891, pode-se extrair o entendimento de que, “para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que, por seu conteúdo, por sua substância, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo”³⁹.

Seguindo esse mesmo raciocínio, os direitos transindividuais, enquanto direitos fundamentais (de terceira dimensão), não comportam rol exaustivo. A cada momento, e em função de novas exigências impostas pela sociedade moderna e pós-industrial, evidenciam-se novos valores, pertencentes a todo o grupo social, cuja tutela se revela necessária e inafastável. Os interesses transindividuais, por isso mesmo, são inominados, embora haja alguns mais evidentes, como os relacionados aos direitos do consumidor ou concernente ao patrimônio ambiental, histórico, artístico e cultural. Em todas as formações sociais, com maior ou menor intensidade, a presença desses interesses, notadamente daqueles que ostentam caráter difuso, tem sido marcante, como, por exemplo, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, o direito ao aproveitamento racional dos recursos naturais, o direito à conservação da natureza, o direito à publicidade comercial honesta, o direito à utilização adequada do solo urbano e rural, o direito à intangibilidade do patrimônio cultural do Estado⁴⁰.

5. DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO: PERSPECTIVAS OBJETIVA E SUBJETIVA E OUTROS DESDOBRAMENTOS

Demonstrado que os direitos transindividuais são direitos fundamentais de terceira dimensão, passa-se a análise de alguns desdobramentos importantes dessa nova dimensão de direitos fundamentais, em face das suas peculiaridades e diferenças em relação aos direitos fundamentais de primeira e segunda geração, dada a sua nota distintiva da titularidade coletiva resultante da indivisibilidade jurídica e material do próprio direito dessa natureza.

³⁸ CF, art. 5º, § 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”.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p.76. Nesse sentido, ainda que a luz de norma semelhante contida na Constituição portuguesa de 1976 (art. 16, nº 1), CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 5. ed. 1991, p. 539.

⁴⁰ Nesse sentido e mencionando tais exemplos foi o voto do Ministro Celso de Mello *in*: STF, Tribunal Pleno, RE 163231-3/SP, Relator Min. Mauricio Corrêa, DJ 26.02.1997.

A constatação de que os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) constitui uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo⁴¹. Essa matéria que nunca foi uníssona, agora se renova o debate ao se trazer a baila às características peculiares dos direitos de terceira dimensão.

Nesse sentido, entende-se que os direitos fundamentais de terceira geração devem ser pensados e tratados de forma diferenciada em comparação com os direitos de primeira e segunda geração, nesse particular, pelas razões que se passa a expor.

Vistos sob a perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais possuem eficácia apenas sobre o indivíduo titular do direito, e sob a perspectiva objetiva, os direitos fundamentais alcançam não somente ao esse indivíduo, mas a sociedade, a comunidade em sua totalidade. Para Hesse⁴², “por um lado, eles são *direitos subjetivos*, direitos do particular”, e, por outro lado, “eles são *elementos fundamentais da ordem objetiva* da coletividade”. Resumindo as idéias de Vieira de Andrade⁴³ seriam dimensões de âmbito individual (subjetiva) e comunitária (objetiva), ou de forma mais descritiva, conforme Canotilho⁴⁴:

“Um fundamento é subjectivo quando se refere ao significado ou relevância da norma de consagradora de um direito fundamental para o *particular*, para os seus interesses, para a situação da vida, para a sua liberdade. Assim, por ex., quando se consagra, no art. 37º/1 da CRP, o ‘direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio’, verificar-se-á um fundamento *subjectivo* ou *individual* se estiver em causa a importância desta norma para o indivíduo, para o desenvolvimento da sua personalidade, para os seus interesses e ideias. [...]

[...] Fala-se de uma fundamentação objectiva de uma norma consagradora de um direito fundamental quando se tem em vista o seu significado para a colectividade, para o interesse público, para a vida comunitária. É esta ‘fundamentação objectiva’ que se pretende salientar quando se assinala à ‘liberdade de expressão’ uma ‘função objectiva’, um ‘valor geral’, uma ‘dimensão objectiva’ para a vida comunitária (‘liberdade institucional’).”

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 141.

⁴² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 228.

⁴³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 114; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 145 e 152-153.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 5. ed. 1991, p. 546.

Afirma, Alexy⁴⁵, nesse ponto com razão, que “o conceito da dimensão objetiva é tudo menos claro. Um indício exterior para isso é uma desordem terminológica. Tome-se somente algumas das expressões, com as quais é tentado, na sentença do caso Luth⁴⁶, circunscrever o objetivo: ‘ordenamento de valores objetivo’, ‘sistema de valores’, ‘decisão fundamental jurídico-constitucional’, ‘direitos fundamentais como normas objetivas’, ‘linhas diretivas’ e ‘impulsos’”. Para o prestigiado autor alemão o conceito da dimensão objetiva dos direitos fundamentais “pode ser definido pelo fato de essa não conter nenhuma norma que concede um direito fundamental em forma de um direito subjetivo” e conclui sua tese no sentido de que existe uma presunção da dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, por ele denominada de “tese da subjetivação”.

Essa tese é embasada em dois argumentos: o individualismo dos direitos fundamentais e da otimização dos direitos fundamentais. O primeiro argumento sustenta que a finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo os de natureza coletiva) reside na proteção do indivíduo, e não de ordens objetivas ou bens coletivos. Esse argumento não afirma que não podem existir bens jurídico-fundamentais coletivos, mas que eles nunca podem ter o caráter de uma finalidade de proteção autônoma, ou seja, sempre serão um meio para a proteção do particular, consistindo a perspectiva objetiva numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos⁴⁷. Na trilha de Alexy, Canotilho⁴⁸ afirma que “os direitos fundamentais são, em primeiro linha, direitos individuais” e de que “daqui resulta um segundo corolário: “se um direito individual, está constitucionalmente protegido como individual, então esta proteção efectua-se sob a forma de direito subjectivo”. Essa concepção doutrinária se justifica também com base no valor outorgado à autonomia individual, na qualidade da expressão da

⁴⁵ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 201, 203 e 210; Embora não se referindo a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, mas retratando algumas questões dotadas de vagueza no que tange aos direitos econômicos, sociais e culturais, Canotilho, utiliza as expressões “metodologia fuzzy”, “camaleões normativos” e “intraquilidade discursiva atual”, que certamente se aplicam aos direitos fundamentais de terceira geração, bem provavelmente até com maior intensidade, em face da maior novidade dessa problemática (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Provedor de justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 100-101).

⁴⁶ Para um detalhamento do emblemático caso Luth ver CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 229-230.

⁴⁷ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 211; Neste sentido também: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 115; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 154.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 547.

dignidade da pessoa humana, conforme Vieira de Andrade: “os direitos fundamentais são, na sua essência, atributos da personalidade humana”, ainda que em alguns casos sejam “directamente encabeçados por pessoas colectivas privadas ou organizações sociais”⁴⁹.

Baseado na afirmação de Canotilho acima referida questiona-se: e quando o direito constitucionalmente protegido não é individual, mas transindividual, a proteção se dará da mesma forma (pela subjetivação do direito)? Entende-se que dependerá do ordenamento jurídico de cada País, do conteúdo da norma do direito fundamental e de cada caso concreto⁵⁰. O próprio Canotilho⁵¹, em artigo específico sobre o direito ao ambiente como direito subjetivo, compara e depois conclui que o direito ao ambiente não é um direito subjetivo no direito constitucional espanhol, “porque não assegura, só por si, um direito de acção em tribunal”, entretanto, para o direito constitucional português a retórica argumentativa é diversa, ainda que o direito ao ambiente seja enquadrado nesse país como um direito económico, social e cultural. O autor remete a controvérsia para a complexa problemática do dever de proteção do Estado em relação ao ambiente e ao direito a prestações ambientais originárias, concluindo de forma enigmática, o que possibilita demonstrar, com a estatura de Canotilho, quão intrincada é essa matéria⁵²:

O direito do particular a prestações originariamente derivada da Constituição enfrenta graves dificuldades. Argumenta-se que uma pretensão prestatória do particular à protecção do ambiente através do Estado pressupõe a fixação precisa do conteúdo da prestação ambiental, o que é difícil obter através de um geral direito fundamental ao ambiente. Acresce que a pretensão prestatória ambiental pressupõe uma clara individualização das medidas necessárias adequadas e proporcionais para satisfazer a pretensão em causa. Por último, as pretensões prestatórias dirigem-se à protecção de interesses supraindividuais (interesses difusos) ou de direitos colectivos que não se coadunam com a subjetividade individual do direito a prestações ambientais.

A problemática das prestações ambientais originárias suscita, como é fácil de intuir, o problema geral dos direitos económicos e sociais como

⁴⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 126 e 133.

⁵⁰ Nesse sentido, Canotilho, ao tratar da estrutura dos direitos fundamentais, esclarece que existem normas consagradoras de um direito subjetivo (ex. art. 24º da CRP – direito a vida) e normas consagradoras de um dever objetivo (art. 63º/2 da CRP – “incumbe ao Estado organizar, coordenar e subsidiar um sistema de segurança social unificado e descentralizado”), sem garantir direitos subjetivos, “neste sentido se alude a normas fundamentais objectivas” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 543-544).

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 186-187.

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 188-189.

direitos a prestações susceptíveis de serem derivados originariamente das normas constitucionais. A eventual resposta regulativa deixa intocado o direito a prestações ambientais fundamentadas na lei”.

Note-se que mesmo Canotilho que defende a tese da subjetivação dos direitos fundamentais, sem fazer ressalva aos direitos transindividuais (de terceira dimensão), necessária conforme a tese do presente artigo, admite que os interesses transindividuais “não se coadunam com a subjetividade individual do direito a prestações ambientais”.

Essa passagem, que pode parecer contraditória, encontra resposta (“regulativa”) no direito processual. Vale lembrar que o direito subjetivo não é a única técnica, ainda que seja a mais comum, para a realização de direitos. Esclarece Teshneier⁵³ que o direito subjetivo constitui simples técnica, de existência contingente, caracterizada pela circunstância de depender do interessado a aplicação da sanção, defendendo que nos direitos transindividuais há criação ou aplicação do Direito objetivo, dando diversos exemplos retirados da jurisprudência pátria. Nesse sentido, refere Horst Dreier, citado, com precisão, por Sarlet⁵⁴: “na verdade, toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação”.

Essa matéria precisa ser trabalhada em conjunto com o direito material e o direito processual, na trilha contemporânea de reaproximação⁵⁵, por meio das novas formas de tutela de direito material (tutela ressarcitória na forma específica, pro exemplo⁵⁶) e/ou pelas técnicas processuais (ou formas de tutelas jurisdicionais), rumo ao desiderato de concretização da Constituição e dos direitos fundamentais⁵⁷, mediante o julgamento mais justo possível para cada caso concreto⁵⁸.

⁵³ TESHEINER, José Maria. Jurisdição e Direito Objetivo. *Justiça do Trabalho*. nº 325, p. 29, jan. 2011; Estudando os direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e fazendo referência expressa ao Direito do Trabalho, o autor adverte que “[...] a tarefa agora acometida ao Judiciário já não é somente a de resguardar os direitos subjetivos dos que a ele acorrem, mas a de concretizar o direito objetivo[...]”, salientando que “[...] essa compreensão atende a uma das mais profundas diferenças entre o Judiciário do Estado liberal e o Judiciário do Estado social [...]” (p. 36).

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 144, nota 420.

⁵⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 13; TESHEINER, José Maria. Reflexões Politicamente Incorretas sobre Direito e Processo. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, Jun. 2008, nº 110, p. 192; MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 395-396.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 163-164.

⁵⁷ Conforme a clássica lição de Hesse: “a norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade” (HESE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 14).

⁵⁸ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 113. fev. 2004, p. 20;

O segundo argumento que ampara a “tese da subjetivação”, o da otimização dos direitos fundamentais, pressupõe que os direitos fundamentais têm caráter de princípio e como tais eles exigem realização em medida tal alta quanto possível no que tange às possibilidades fáticas e jurídicas. Nesse sentido, a atribuição de direitos subjetivos significa uma medida maior em realização que a estatuição de deveres de conteúdo igual meramente objetivos, assim, “um dever de proteção meramente objetivo é menos que um direito de proteção de conteúdo igual. Por conseguinte, a subjetivação de todas as normas de direitos fundamentais é ordenada *prima facie*”⁵⁹.

Alexy⁶⁰ refere duas objeções que são levantadas a sua tese e depois as contesta: quanto ao limites funcionais da jurisdição constitucional e quanto a estrutura dos direitos subjetivos. A primeira objeção é no sentido de que uma subjetivação ampla gera um alargamento inadmissível das competências do Tribunal Constitucional ao obrigarem o Estado a uma ação positiva. Essa objeção aponta para o problema central entre deveres meramente objetivos e direitos subjetivos neles correspondentes. O autor ao mesmo tempo em que refere tal objeção procura desconstituí-la pelo argumento de que “se existem deveres jurídico-fundamentais positivos definidos, então o seu cumprimento pode ser controlado judicial-constitucionalmente. Sua subjetivação não significa nenhuma intensificação quanto ao conteúdo da competência para o controle. Ela tem somente como consequência que aos procedimentos, nos quais o controle pode ser realizado, um é acrescentado, ou seja, o do recurso constitucional. Isso, porém não é um problema da delimitação das competências do tribunal constitucional federal, particularmente, perante o dador de leis, mas um problema processual-constitucional”.

A segunda objeção refere-se a estrutura dos direitos subjetivos, considerando que “o objeto imediato dos deveres jurídico-fundamentais é um bem coletivo, portanto, um bem que é caracterizado pela não exclusividade do aproveitamento e a não rivalidade do consumo”, indagando, na seqüência, Alexy, “se a estrutura particular do objeto do direito que está em questão, apesar disso não exclui essa”, ou seja, se o objeto do direito (objetivo) pode

MITIDIÉRO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 62-63; Nesse sentido, Wieacker diz que: “A justiça apenas é compreensível como respeito de um dever ser supra-pessoal pelo indivíduo em cuja experiência pessoal ela aparece como uma visão sobre o valor do direito. Ela não é um dever geral, que deva ser desligado da pessoa tocada por tal experiência, mas um comando específico e espontâneo dirigido a uma certa pessoa numa certa e determinada decisão” (WIEACKER, Frantz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 706); Porto e Ustarroz salientam que “É a Constituição que harmoniza as expectativas do jurisdicionado e a atuação do magistrado em cada relação processual” (PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 37).

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 211.

⁶⁰ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 212-213.

excluir a possibilidade de subjetivação? Ainda que Alexy⁶¹ entenda que não, ele menciona um dos principais argumentos contrários a sua tese, chamado de argumento da totalidade, segundo o qual o direito fundamental “em último lugar, sempre serve ao particular como parte de uma totalidade”, usando como exemplo dessa teoria a fórmula de Ossenbuhl: “onde todos igualmente estão afetados não pode mais se tratar de um estar afetado individual”. Esse argumento está ligado, ainda que sem pretender, a conceituação de direitos transindividuais, tais como no Brasil, ao menos. Refutando esse argumento, Alexy⁶² defende que “o que pode ser considerado é que os indivíduos particulares não sozinhos estão afetados, mas juntamente com outros indivíduos. Isso, porém, não exclui a violação de direitos subjetivos de particulares”. Após os argumentos da sua tese, as objeções e o rebate das objeções, Alexy⁶³ faz uma ressalva importante: “a conteúdos objetivos acessórios de direitos fundamentais não correspondem direitos subjetivos”.

Alexy ao defender que os direitos fundamentais são direitos subjetiváveis, no sentido de fruíveis ou exequíveis individualmente, que era, sobretudo, inicialmente, um dos problemas cruciais da teoria dos direitos fundamentais, constrói uma tese magnífica, objeto de reverência em âmbito mundial, todavia, essa tese foi pensada tendo em vista apenas direitos individuais. Esse é um dos principais problemas de se utilizar essa teoria nos direitos transindividuais.

Hans Kelsen⁶⁴ (1881-1973), contestando detalhadamente as três teorias mais tradicionais sobre direito subjetivo (teoria do interesse, de Ihering; teoria da vontade, Windscheid; teoria mista, de Jellinek), inova ao romper com a noção da doutrina do Direito Natural segundo a qual o direito “subjetivo” e o dever possuem existências independentes do ordenamento jurídico, tendo em vista que para essa doutrina as normas jurídicas se limitam a proteger ou garantir direitos subjetivos considerado lógica e temporalmente anterior ao Direito objetivo. Kelsen⁶⁵ altera a relação de

⁶¹ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 214-215.

⁶² ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 215.

⁶³ ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 218.

⁶⁴ Para um exame detalhado do direito subjetivo para Kelsen e sua detalhada contestação as teorias clássicas sobre o tema, consultou-se KELSEN, Hans. *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado: desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica*. Traducción Wenceslao Roces. México: Porrúa, 1987, p. 493 (esta obra é a tradução da segunda edição em alemão, de 1923), combinado com KELSEN, Hans. *Teoría Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 82-83 (esta obra foi publicada originalmente com título: *General Theory of Law and State*, em 1945).

⁶⁵ KELSEN, Hans. *Teoría Geral das Normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 175: “[...] Não são possíveis atribuições de Direito a um, especialmente Direito em sentido técnico, sem deveres dos outros; deveres, porém, sem Direitos, no sentido técnico, são muito bem possíveis; é inexato quando a Ciência do Direito (*jurisprudenz*) tradicional (porventura sob a influência da Teoria do Direito Natural) coloca em primeiro plano o conceito

precedência de direito (subjeto)→dever para dever→direito (subjeto), considerando que a base de tudo é o direito objetivo (a norma), salientando, todavia, que “um direito é mais do que o correlativo de um dever”⁶⁶. De acordo com a teoria Kelseniana o direito subjetivo é o poder jurídico eventualmente (não necessariamente⁶⁷) concedido pelo direito objetivo, mediante uma ação, para que o Estado (por meio do poder judiciário) aplique a sanção (determinada pelo próprio direito objetivo), àquele que não cumpriu um determinado dever imposto pela norma⁶⁸.

“O Direito de um é o dever de outro, considerado do ponto de vista daquele frente ao qual está este dever. Fala-se, por isso, de um “Direito” no sentido subjetivo da palavra. Direito no sentido subjetivo, pode, por sua vez, – no âmbito de uma ordem jurídica – ter uma significação especificamente técnica. O “Direito” de um não é, pois, mero reflexo do dever de um outro. Este Direito subjetivo só existe, pois, se a sanção que deve ser aplicada pelo órgão aplicador do Direito, especialmente pelo tribunal, no caso de não-cumprimento de dever, tiver de se realizar apenas a requerimento do sujeito lesado em seu interesse pelo não cumprimento do dever; de modo que a fixação da norma individual, com a qual se ordena a sanção, por uma ação dirigida a tal fim – demanda, queixa –, é solicitada por aquele frente a quem existe – não cumprido – dever. Então esse bem, à sua disposição, o Direito que estatui o dever, o Direito é *seu* Direito [...]”⁶⁹.

Vieira de Andrade⁷⁰, entre outros estudiosos dos direitos fundamentais, rejeita a teoria de Kelsen, porque ela reduz o direito subjetivo a um reflexo do direito objetivo:

de atribuição de um Direito como de Direito subjetivo; fala de Direito e dever – não de dever e Direito –; [...]”.

⁶⁶ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 175, combinado com KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 81-82.

⁶⁷ Para Kelsen a essência do Direito está em impor condutas determinadas, por meio do estabelecimento de deveres. O estabelecimento de direitos no sentido subjetivo é uma opção do Direito objetivo. Neste contexto: a) podem existir deveres sem direitos “subjetivos”, mas não podem haver direitos “subjetivos” sem deveres dos outros; b) a previsão de direitos subjetivos “é uma função possível, não uma função necessária de um ordenamento jurídico positivo” (KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 175).

⁶⁸ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 174-175.

⁶⁹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 174; Em outra obra o autor trata o “direito subjetivo” como sinônimo de “pretensão”, traduzido na exigência da conduta devida (dever), quando tal dever não esteja sendo cumprido tal como determinado pelo direito objetivo (norma), em *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 142.

⁷⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 116.

“Porém, partindo de uma concepção de direito subjectivo que não reduz a um reflexo do direito objectivo, pensamos que há, além disso, razões fortes para que, especialmente na matéria de direitos fundamentais, se autonomizem todos os efeitos característicos da dimensão subjectiva, remetendo em consequência para uma dimensão objectiva em sentido estrito apenas aqueles efeitos que complementem ou transcendam o âmbito específico da categoria ‘direito subjectivo’.

Vamos, assim, considerar o direito subjectivo como dimensão principal, que abrange todas as faculdades susceptíveis de referência individual, reduzindo a dimensão objectiva a uma ‘pura dimensão objectiva’, em que só têm lugar os conteúdos normativos (as garantias ou deveres) a que não possam corresponder direitos individuais”.

Tratando da precisão do conceito de direito subjectivo e de sua titularidade, Pontes de Miranda⁷¹ diz que “[...] rigorosamente, o direito subjectivo foi uma abstração, a que sutilmente se chegou, após o exame da eficácia dos fatos jurídicos criadores de direitos[...]”, expondo a sua teoria: “[...] a regra jurídica é objectiva e incide nos fatos; o suporte fático torna-se fato jurídico. O que, para alguém, determinadamente, dessa ocorrência emana, de vantajoso, é direito, já aqui subjectivo, porque se observa o lado desse alguém, que é o titular dele[...]”. Nesse contexto, “[...] o dever jurídico é correlativo de todo direito” [...]. Esclarece, ainda, que “[...] não é possível conceber-se o direito subjectivo, quer histórica quer logicamente, sem o direito objectivo, de modo que, incidindo a regra jurídica, ele seja o que “resulta” do lado positivo da incidência[...]”; “[...] portanto, há nele um poder[...]”, destacando, entretanto, que o direito subjectivo, não é uma faculdade “contém a faculdade”. Em suma, para Pontes de Miranda direito subjectivo: “[...] é a vantagem que veio a alguém, com a incidência da regra jurídica em algum suporte fático” [...]”⁷².

Ainda que sustentasse sua teoria sobre o princípio da individualidade dos direitos, o gênio de Pontes de Miranda⁷³, já em 1955, falava em interesses transindividuais:

⁷¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. t.1. Campinas: Bookseller, 1998, p. 46-47; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 231-233.

⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t.V. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 226. Nesse sentido, de acordo com Mitidiero e Oliveira direito subjectivo “é a atribuição de uma posição de preeminência (individualizada pela norma positiva) em relação a um bem (na acepção técnica de objeto do comportamento valorizado)”, cf. MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. *Curso de Processo Civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 4; Alexy refere-se ao direito subjectivo como “posição jurídica” e propõe a divisão e a pluralidade dos direitos subjectivos (direito a algo, liberdades; competências), conforme ALEXY. Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 177-178.

⁷³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 228. Adiante, Pontes de Miranda, explica que os interesses “não pertencem à dimensão jurídica, mas à dimensão jurídica, salvo onde esse interesse é sinal, de que a regra jurídica entendeu usar” (p. 229). Após, referindo-se ao princípio da individualidade dos direitos o

“O Estado, pesando interesses transindividuais, por vezes estatui que fatos não-humanos ou fatos humanos não volitivos, sejam suporte fático de regras jurídicas; e daí emanam direitos e deveres. [...] Se certo direito público subjetivo não toca aos particulares, e sim ao Estado, e da regra jurídica, por ser sobre interesses gerais, tiram proveito particulares, essa eficácia é reflexa. Casos há em que a regra jurídica é concebida em termos tais que assim ao Estado como aos particulares cabem direitos subjetivos. Outros, ainda, em que, sem terem os particulares direitos subjetivos, a relevância do interesse geral sugeriu que a esses se atribuisse ação dita popular (*actio popularis*). **Destarte, há interesses protegidos, sem que se chegue, tecnicamente, a subjetivação**” [...]. Grifou-se.

Mais adiante, Pontes de Miranda⁷⁴, diz que “[...]a correlação ‘direito-dever’ não é peculiar aos direitos subjetivos; os direitos não-subjetivados satisfazem-na[...]”.

Segundo Larenz⁷⁵ o direito objetivo pode conceber a tutela de interesses considerados relevantes pela ordem jurídica, mediante a utilização de outras técnicas diferentes do direito subjetivo. Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva⁷⁶ cita como exemplo os direitos difusos (ainda que os chamassem de “interesses”), enquanto espécie dos direitos transindividuais:

“Em verdade, no direito moderno, onde as incursões estatais no domínio tidas tradicionalmente como região específica do direito privado são comuns, a ordem jurídica dispensa proteção a incontáveis situações jurídicas sem conferir aos particulares qualquer direito subjetivo; os chamados ‘interesses difusos’ são situações jurídicas protegidas sem que se a subjetivação do direito na pessoa ou grupo de pessoas que, eventualmente, no plano processual, poderiam invocar a tutela jurisdicional [...]”.

Nesse contexto, entende-se que o mais adequado para os direitos fundamentais de terceira geração que transcendem a perspectiva da garantia de direitos individuais para alcançar direitos de titularidade difusa ou coletiva é a idéia de coexistência recíproca entre as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, sem presunção de prevalência de uma sobre a outra, pois tal visão reduz os próprios direitos fundamentais.

autor defende que: “o ‘direito’ e o ‘dever’, concretamente, têm de ser um só, ou de sujeitos plurais, de modo que é princípio da teoria geral do direito, vindo do conceito mesmo de direito, que duas pessoas, separadamente, não podem o ter o ‘mesmo’ direito. O ‘direito’ é dotado, assim, de individualidade, como eu, a minha filha mais velha, o marido do A. Estamos no plano dos individuais. Rege, pois, o *princípio da individualidade de direitos*”.

⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. t. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, p. 231.

⁷⁵ LARENZ, Karl. *Derecho Civil – Parte general*. Madrid: EDERSA, 1978, 262-265.

⁷⁶ SILVA, Ovídio A. Baptista da. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, nº 29, nov. 1983, p. 99.

Nesse sentido, Gilmar Mendes⁷⁷, com forte em Hesse, sustenta que conquanto a perspectiva subjetiva seja a de maior realce dos direitos fundamentais, “ela convive com uma dimensão objetiva – ambas mantendo uma relação de remissão e de complemento recíproco”.

Somado a isso, cabe destacar que o Brasil possui tratamento diferenciado no que tange a legitimidade para postulação judicial dos direitos transindividuais⁷⁸, reforçando o presente entendimento de não presunção da perspectiva subjetiva sob a perspectiva objetiva nos direitos fundamentais de terceira dimensão, pois, via de regra, os direitos transindividuais não podem ser postulados individualmente.

Outro argumento no sentido de que a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais não deve ser confundida com a conceituação de direito subjetivo, está na contradição entre o entendimento disposto no presente artigo e a tese capitaneada por Alexy e seguida por Canotilho, entre outros (acima referida), de que a perspectiva objetiva seria um reforço da perspectiva subjetiva, pois falar que o direito objetivo reforça o direito subjetivo é uma inversão de idéias, ao menos para a teoria Kelseniana, também acima referida⁷⁹.

⁷⁷ Conforme MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 6. ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189; Nesse sentido também SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 145-146; Ainda nesse sentido, Marinoni refere que “geralmente convivem, na norma de direito fundamental, as perspectivas objetiva e subjetiva”, destacando que além de poder se pensada nessas duas perspectivas uma mesma norma de direito fundamental pode instituir um direito fundamental dotado de diversas e complexas funções, remetendo ao tema da chamada multifuncionalidade dos direitos fundamentais (MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 74).

⁷⁸ TESHEINER, José Maria; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Partes e Legitimidade nas Ações Coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 180, fev. 2010.

⁷⁹ “[...] Desse modo, o direito subjetivo e o Direito objetivo são colocados em certa relação entre si. No entanto, o dualismo ainda é mantido, na medida em que o direito jurídico subjetivo é considerado, lógica e temporalmente, anterior ao Direito objetivo. No começo, existiam apenas direitos subjetivos – em especial o protótipo de todos os direitos, o direito a propriedade (obtida por ocupação) – e apenas num estágio posterior o Direito objetivo como ordem do Estado foi acrescentado com o propósito de sancionar e proteger os direitos que, independentemente dessa ordem, haviam passado a existir. Esta idéia é desenvolvida com mais clareza na teoria da Escola Histórica, que foi decisivamente influenciada, não apenas pelo positivismo jurídico do último século, mas também pela jurisprudência moderna dos países de língua inglesa. Em Dernburg⁷⁹, por exemplo, vemos: ‘Os direitos vieram a existir bem antes que o Estado – como uma ordem jurídica deliberada – houvesse surgido. Eles tiveram sua base na personalidade do indivíduo e no respeito que ele era capaz de obter e de impor. O conceito de ordem jurídica pode ser extraído da percepção dos direitos existentes apenas por meio de um processo gradual de abstração. É portanto, histórica e logicamente incorreto supor que os direitos nada mais são que emanações do Direito. A ordem jurídica garante e ajusta os direitos jurídicos, mas não os cria’ [...], conforme KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 82-83.

A seguinte passagem de Sarlet⁸⁰ esclarece e trata as perspectivas subjetiva e objetiva, sem misturá-las com direito subjetivo e direito objetivo:

“Como uma das implicações diretamente associadas à dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais, uma vez que decorrente da idéia de que estes incorporam e expressam determinados valores objetivos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, isto é, com base no ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade em sua totalidade, já que cuida de valores que esta deve respeitar e concretizar”.

Cabe referir, ainda, que a idéia de os direitos fundamentais irradiarem efeitos também nas relações privadas (efeitos horizontais) e não constituírem apenas direitos oponíveis aos poderes públicos (efeitos verticais) vem sendo considerada um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais⁸¹. No âmbito dos direitos transindividuais os chamados efeitos horizontais também possuem grande relevância, como por exemplo, no direito coletivo do trabalho, em que algumas situações ocorridas no meio ambiente do trabalho, mediante ações promovidas por sindicatos ou do Ministério Público do Trabalho⁸². Efeitos horizontais nos direitos

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 145.

⁸¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Provedor de justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias. In: *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 87-88; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 148; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 73-74 e 78.

⁸² A ementa de jurisprudência abaixo ilustra a referida problemática: “DANO MORAL COLETIVO. MEIO AMBIENTE DE TRABALHO. LEUCOPENIA. DESTINAÇÃO DA IMPORTÂNCIA REFERENTE AO DANO MORAL COLETIVO - FAT E INSTITUIÇÃO DE SAÚDE (LEI Nº 7.347/85, ART.13) - O número de trabalhadores que adquiriu leucopenia no desenvolvimento de suas atividades na recorrida, em contato com benzeno é assustador. O local de trabalho envolve diretamente manipulação de produtos químicos contendo componente potencialmente tóxico como benzeno, que afetam precisamente a medula óssea e as células do sangue, e, por conseguinte, desenvolvem referida enfermidade (leucopenia), já reconhecida como doença profissional, incapacitando para o trabalho. Para levar a questão mais adiante, é consabido também que as empresas não aceitam mais empregados que carregam seqüelas de doenças como a leucopenia. **Na realidade, esses infaustos acontecimentos transcendem o direito individual e atingem em cheio uma série de interesses, cujos titulares não podemos identificar a todos desde logo, contudo inegavelmente revela a preocupação que temos que ter com o bem-estar coletivo, e o dano no sentido mais abrangente que nele resulta chama imediatamente a atenção do Estado e dos setores organizados da sociedade de que o trabalhador tem direito a uma vida saudável e produtiva.** Todas as irregularidades detectadas pela segura fiscalização federal do Ministério do Trabalho apontam flagrante desrespeito às leis de proteção ao trabalhador, colocando suas vidas e saúde em iminente risco, prejudicando seriamente o ambiente de trabalho. Partindo desse cuidado com a vida e a saúde dos trabalhadores, a multi-referida Constituição Federal garantiu com solidez a proteção ao

transindividuais também aparecem bastante no direito ambiental e no direito do consumidor, ainda que as relações trabalhistas sejam efetivamente ricas de exemplos em termos de direitos coletivos *stricto sensu*⁸³.

Outro desdobramento importante no que tange aos direitos transindividuais está na sua relação direta com os direitos fundamentais prestacionais⁸⁴.

meio ambiente do trabalho, ao assegurar que (art. 200) "Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho". **Essa preocupação segue a tendência do ainda novo direito do trabalho fundado na moderna ética de Direito de que as questões concernentes ao seu meio ambiente ultrapassam a questão de saúde dos próprios trabalhadores, extrapolando para toda a sociedade.** Assim, levando-se em conta a gravidade dos danos, pretéritos e atuais, causados ao meio ambiente do trabalho em toda a sua latitude, com suas repercussões negativas e já conhecidas à qualidade de vida e saúde dos trabalhadores e seus familiares, é de se reconhecer devida a indenização pleiteada pelo órgão ministerial, no importe de R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais), com correção monetária e juros de mora, ambos a partir da propositura da ação. Nem se alegue que referido valor representaria um risco ao bom e normal funcionamento da empresa, posto que corresponde apenas a 0,16% do lucro líquido havido em 2.006, no importe de R\$ 2,5 bilhões e Ebitda de R\$ 4,4 bilhões, conforme informações extraídas do site oficial da própria Cosipa na internet. A atenção desta Justiça, indiscutivelmente, no presente caso, volta-se para o meio ambiente de trabalho, e referido valor arbitrado ao ofensor, busca indenizar/reparar/restaurar e assegurar o meio ambiente sadio e equilibrado. Aliás, a Usiminas, após adquirir a Cosipa, passou por um processo de reestruturação e, no ano passado, o Grupo "Usiminas-Cosipa" apresentou uma produção correspondente a 28,4% da produção total de aço bruto. Deve, por conseguinte, dada sua extrema importância no setor siderúrgico, assumir uma postura mais digna frente ao meio ambiente, bem como perante os trabalhadores que tornaram indigitado sucesso possível. Com efeito, deve haver a prioridade da pessoa humana sobre o capital, sob pena de se desestimular a promoção humana de todos os que trabalharam e colaboraram para a eficiência do sucesso empresarial. Considerando a condenação em dinheiro, bem como o disposto no artigo 13 da Lei da Ação Civil Pública (7.347/85), que dispõe que "Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados" (grifei), torna-se necessário estabelecer a destinação da importância, tendo presente, primordialmente, que a finalidade social da indenização é a reconstituição dos bens lesados. Determino o envio da importância de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), 12,5%, ao FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador), instituído pela Lei nº 7.998/90 e destinado ao custeio do programa de seguro-desemprego, ao pagamento do abono salarial (PIS) e ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico) e R\$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), 87,5%, à 'Irmandade da Santa Casa de Misericórdia de Santos', objetivamente para a aquisição de equipamentos e/ou medicamentos destinados ao tratamento de pessoas portadoras de leucopenia, e, tendo presente também aqueles trabalhadores da reclamada (Companhia Siderúrgica Paulista - Cosipa), portadores da doença e seus familiares". Grifou-se. TRT2ª R. - RO 01042199925502005 - Ac. 20070504380 - 6ª T. - Rel. Desemb. Valdir Florindo - DOE 06.07.2007.

⁸³ Para um exemplo do direito comparado: No Canadá, o sindicato dos trabalhadores da Pepsi-Cola estendeu seus piquetes, do setor de engarrafamento para a loja de varejo, chegando ao hall do hotel onde estavam hospedados trabalhadores substitutos. A Pepsi tem uma ordem formal contra greves. A Suprema Corte do Canadá assegurou que pacíficos piquetes secundários não devem ser tratados como abuso de confiança, conforme TUSHNET, Mark. *Weak Courts Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princenton University Press, 2008, p. 214.

⁸⁴ Em estudo sobre o direito à saúde, que é um direito de segunda dimensão (direito social), de titularidade individual (perspectiva subjetiva), ainda que tenha alcance para a sociedade

Os direitos fundamentais a prestações são aqueles em que a partir da garantia constitucional de certos direitos, se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos, e a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos, conforme explica Canotilho⁸⁵ ao tratar dos chamados direitos prestacionais originários⁸⁶.

Nesse sentido, Marinoni afirma que as “ações coletivas” – como podem ser chamados os modelos concebidos para tutela dos direitos transindividuais – têm importante relação com os direitos fundamentais prestacionais. Tais ações permitem a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais que exigem prestações sociais (direito à saúde etc.) e adequada proteção – inclusive contra os particulares (direito ambiental etc.) –, mas, além disso tudo, constituem condutos vocacionados a permitir ao povo reivindicar os seus direitos fundamentais materiais⁸⁷.

(perspectiva objetiva), Sarlet⁸⁴ salienta que os direitos sociais abrangem tanto direitos a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou à ações negativas), conforme SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Marina Filchtiner. “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direito à Saúde: algumas aproximações”. In: *Direitos Fundamentais & Justiça*. Ano 1, nº 1, out./dez. 2007, p. 174.

⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 552; Tushnet, ao tratar sobre estruturas acerca da revisão judicial, efeitos horizontais e direitos sociais (capítulo 7), retrata a problemática dos direitos-deveres prestacionais fundamentais e dos efeitos horizontais (direitos e indiretos), estudando alguns casos do EUA, Canadá, Argentina e Alemanha, visando demonstrar, por meio do estudo do Direito comparado, sua tese de que o sistema americano tem mais dificuldades em proferir decisões judiciais com efeitos horizontais, ainda que indiretos, pois o sistema federalista norte americano confere competência à corte estadual para apreciar as regras de propriedade, contratos, e direito penal, onde preferencialmente ocorrem a possibilidade de decisões com efeitos horizontais. A Suprema Corte promulgou em 1875, estatutos, regulando suas jurisdições não autorizadas para revisar e modificar decisões do tribunal estadual determinando conservar o conteúdo das regras retroativas. O tribunal tem tratado essa participação como enraizada nos princípios fundamentais constitucionais do federalismo, e exceto em alguns casos extraordinários, repudia o poder ou as interpretações das cortes estaduais das regras retroativas, ignoram ou subestimam valores constitucionais. Esses casos extraordinários e outros fornecem sugestões à Suprema Corte para desenvolver a doutrina do efeito horizontal indireto. Mas, até agora, a Suprema Corte não demonstrou tal inclinação, conforme TUSHNET, Mark. *Weak Courts Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princenton University Press, 2008, p. 197-198.

⁸⁶ Para as principais classificações que consideram as funções que os direitos fundamentais podem assumir ver: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 552-557; ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 419-435; SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 205-227.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 115-116. O autor destaca, ainda, que as ações coletivas “são verdadeiros instrumentos de uma faceta muito especial dos direitos fundamentais” [...], pois estão ligadas “a multifuncionalidade dos direitos fundamentais” [...] e com isso “requerem a possibilidade da participação na estrutura social e no poder mediante instrumentos e procedimentos adequados” (p.115).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto no presente artigo, pode-se concluir que:

1. Os direitos transindividuais são direitos indivisíveis e não possuem titularidade individual determinada, porque não pertencem a indivíduos isolados, mas a grupos, categorias ou classe de pessoas, diferentemente dos direitos individuais (ainda que homogêneos), que são divisíveis e têm titulares juridicamente certos. Nos direitos transindividuais há indivisibilidade jurídica e material do próprio direito, ou seja, tal direito não pode ser satisfeito nem lesado senão em forma que afete a todos os possíveis titulares.

2. O Brasil é o país da *civil Law* com um dos mais significativos arcabouços normativos para tutelar os direitos transindividuais: a) ação popular (Lei 4.717/1965 e art. 5º, LXXIII da CF de 1988); b) ação civil pública (Lei 7.347/85 e art. 129, inciso III, da CF de 1988); c) ação de improbidade administrativa (art. 37, § 4º, da CF de 1988 e Lei 8.429/92); d) mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF de 1988 e Lei 12.016/2009). Todavia, há ainda muito por ser feito tendo em vista que a adequada tutela de direitos transindividuais exige redimensionar e repensar inúmeros institutos do processo civil clássico, pois vários deles somente conseguem operar adequadamente no plano individual, tendo reduzida ou nenhuma função no plano coletivo.

3. Os direitos fundamentais de terceira dimensão são direitos de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagrando o princípio da solidariedade. Nesse sentido, o STF, ao julgar a ADI nº 3540-1, pronunciou que “trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima geração dimensão), que assiste a todo gênero humano (RTJ 158-205-206). Incumbe, ao Estado e a própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual (RTJ 164-158-161)”.

4. De acordo com concepção amplamente consagrada, os direitos fundamentais expressam uma ordem de valores objetivada na e pela Constituição (explícita ou implicitamente). Nesse sentido, os direitos transindividuais são fundamentais, uma vez que a Constituição Federal de 1988 consagrou, expressamente, diversos direitos de natureza transindividual (difusos e coletivos *stricto sensu*), como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), à preservação da probidade administrativa (art. 37, parágrafo 4º) e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII). Além disso, a Carta Magna elevou à estatura constitucional os instrumentos para a tutela processual desses novos direitos ao alargar o âmbito da ação popular, que passou a ter por objeto expresso um significativo rol de direitos transindividuais: moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural (art. 5º, LXXIII). Ainda nessa linha de instrumentalizar a efetivação dos direitos transindividuais a Constituição

conferiu legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública para a proteção de quaisquer direitos difusos e coletivos (art. 129, III).

5. Vistos sob a perspectiva subjetiva, os direitos fundamentais possuem eficácia apenas sobre o indivíduo titular do direito, e sob a perspectiva objetiva, os direitos fundamentais alcançam não somente ao esse indivíduo, mas a sociedade, a comunidade em sua totalidade. Entende-se que os direitos fundamentais de terceira geração devem ser pensados e tratados de forma diferenciada em comparação com os direitos de primeira e segunda geração, no que tangem as perspectiva objetiva e subjetiva, sobretudo em relação ao entendimento capitaneado por Alexy e seguido por Canotilho e outros sobre a chamada presunção de prevalência da perspectiva subjetiva em detrimento da perspectiva objetiva, dada a sua nota distintiva da titularidade coletiva resultante da indivisibilidade jurídica e material do próprio direito de natureza transindividual.

6. Os direitos de natureza transindividual constituem valores cuja titularidade transcende a dimensão meramente subjetiva, vale dizer a esfera puramente individual das pessoas e das instituições. Deles, ninguém, isoladamente, é o titular exclusivo. Não se concentram num titular único, justamente porque concernem a todos e a cada um, enquanto membros integrantes da coletividade. Nesse sentido foi o voto do Min. Celso de Mello, no julgamento do RE 163231-3/SP, julgado pelo Pleno do STF.

Nesse contexto, entende-se que a concepção doutrinária que defende a presunção da perspectiva subjetiva sob a perspectiva objetiva não se aplica da mesma forma aos direitos de terceira dimensão, mas tão somente aos direitos de primeira e segunda dimensões, pois muda o foco do direito tutelado, que deixa de ser individual e passa a ser transindividual, razão pela qual nessa dimensão de direitos a finalidade precípua é a proteção da coletividade e não do indivíduo isoladamente, ainda que o indivíduo faça parte dessa coletividade.

Além disso, no Brasil há todo um regramento diferenciado no que tange a legitimidade para postulação judicial dos direitos transindividuais, reforçando o presente entendimento de não presunção da perspectiva subjetiva sob a perspectiva objetiva nos direitos fundamentais de terceira dimensão, pois, via de regra, os direitos transindividuais não podem ser postulados individualmente.

Defende-se que o mais adequado para os direitos fundamentais de terceira geração que transcendem a perspectiva da garantia de direitos individuais para alcançar direitos de titularidade difusa ou coletiva é a idéia de coexistência recíproca entre as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, sem presunção de prevalência de uma sobre a outra.

Em outras palavras, deve-se sempre analisar os direitos fundamentais de terceira dimensão sob a dupla perspectiva, numa relação coexistência e

complementaridade recíproca, ou seja, não dar tanto ênfase as perspectivas isoladamente, pois tal visão reduz os próprios direitos fundamentais, mas conjuntamente, ponderando os direitos/deveres individuais e os direitos/deveres dos demais indivíduos e da comunidade como um todo, visando à realização dos direitos fundamentais da melhor maneira possível, de acordo com as condições fáticas e jurídicas do caso concreto, tendo em conta reserva do possível, fática e jurídica.

7. Alexy ao defender que os direitos fundamentais são direitos subjetiváveis, no sentido de fruíveis ou exequíveis individualmente, que era, sobretudo, inicialmente, um dos problemas cruciais da teoria dos direitos fundamentais, constrói uma tese magnífica, objeto de reverência em âmbito mundial, todavia, essa tese foi pensada tendo em vista apenas direitos individuais. Esse é um dos principais problemas de se utilizar essa teoria nos direitos transindividuais.

Sobre a subjetivação ou não dos direitos fundamentais de terceira geração cabe chamar a atenção de que o direito subjetivo não é a única técnica, ainda que seja a mais comum, para a realização de direitos. O direito subjetivo constitui simples técnica, de existência contingente, caracterizada pela circunstância de depender do interessado a aplicação da sanção. Nesse sentido, refere Horst Dreier, citado, com precisão, por Sarlet⁸⁸: “na verdade, toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação”.

Entende-se que quando o direito constitucionalmente protegido é transindividual, a fruição e a exigibilidade do direito do ordenamento jurídico de cada País, e do conteúdo da norma do direito fundamental, observado o caso concreto. Mesmo Canotilho⁸⁹, que defende a tese da subjetivação dos direitos fundamentais, sem fazer ressalva aos direitos transindividuais (de terceira dimensão), necessária conforme a tese do presente artigo, admite que os interesses transindividuais “não se coadunam com a subjectividade individual do direito a prestações ambientais”.

Essa matéria precisa ser trabalhada em conjunto com o direito material e o direito processual, na trilha contemporânea de reaproximação, por meio das novas formas de tutela de direito material (tutela ressarcitória na forma específica, por exemplo) e/ou pelas técnicas processuais (ou formas de tutelas jurisdicionais), rumo ao desiderato de concretização da Constituição e dos direitos fundamentais, mediante o julgamento mais justo possível para cada caso concreto.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 144, nota 420.

⁸⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 188-189.

8. A tese capitaneada por Alexy e seguida por Canotilho, entre outros (acima referida), de que a perspectiva objetiva seria um reforço da perspectiva subjetiva, transposta para a relação em direito objetivo e direito subjetivo revela uma inversão de idéias, ao menos para a teoria kelseniana (também acima referida).

9. A idéia de os direitos fundamentais irradiarem efeitos também nas relações privadas (efeitos horizontais) e não constituírem apenas direitos oponíveis aos poderes públicos (efeitos verticais) vem sendo considerada um dos mais relevantes desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e também possui grande relevância, no âmbito dos direitos transindividuais, como por exemplo, no direito ambiental, no direito coletivo do trabalho, no direito do consumidor, entre outros.

10. Os direitos transindividuais, enquanto direitos fundamentais de terceira dimensão, têm importante relação com os direitos fundamentais prestacionais. O modelo brasileiro de ações coletivas viabiliza a tutela jurisdicional dos direitos fundamentais que exigem prestações sociais, inclusive contra os particulares.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Direito, Razão, Discurso: estudos para a filosofia do direito*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVIM, Arruda. Ação Civil Pública. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 87, p. 150-165, jul./set. 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

ARENHART, Sérgio Cruz. *Perfis da Tutela Inibitória Coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da dogmática à ética. *Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*. Vol. 31, p. 67-119, jul. 2005.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

_____. O Direito ao Ambiente como Direito Subjectivo. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, p. 177-189, 2004.

_____. Provedor de Justiça e Efeito Horizontal de Direitos, Liberdades e Garantias. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, p. 85-96, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

- _____. *Juízes Legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.
- DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. v. 4, Salvador: JusPodivm, 2010.
- FRADE, Péricles. *Conceito de Interesses Difusos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Uma nova modalidade de legitimação à Ação Popular. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- KELSEN, Hans. *Problemas Captales de la Teoría Jurídica del Estado: desarrollados com base em la doctrina de la proposición jurídica*. Traducción Wenceslao Roces. México: Porrúa, 1987.
- _____. *Teoria Geral das Normas*. Tradução José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.
- _____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- _____. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.
- LAFER, Celso. *Desafios: ética e política*. São Paulo: Siciliano, 1995.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil – Parte general*. Madrid: EDERSA, 1978.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Teoria Geral do Direito Ambiental*. Tradução Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela de Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Teoria Geral do Processo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- _____. *Tutela Inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- _____. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos e Difusos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 39, p. 55-77, jul. 1995.

- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 113, p. 9-21, fev. 2004.
- OST, François. *A Natureza à Margem da Lei: a ecologia à prova do direito*. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Sistema de Ciência Positiva do Direito*. t.1. Campinas: Bookseller, 2000.
- _____. *Tratado das Ações*. t. 1. Campinas: Bookseller, 1998.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. t. 5. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.
- _____. *Tratado de Direito Privado*. t. 6. Campinas: Bookseller, 2000.
- PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no Processo Civil: o conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- RAIZER, Ludwig. O Futuro do Direito Privado. *Revista da Procuradoria Geral do Estado*, Porto Alegre: Instituto de Informática Jurídica, n. 25, 1979.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e Execução na Tradição Romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- _____. Direito Subjetivo, Pretensão de Direito Material e Ação. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, nº 29, p. 99-126, nov. 1983.
- SCIALOJA, Vittorio. *Procedura Civile Romana*. Roma: Anônima Romana Editoriale, 1932.
- TALAMINI, Eduardo. Concretização Jurisdicional de Direitos Fundamentais a Prestações Positivas do Estado. In: *Instrumentos de coerção e outros temas de direito processual civil: estudos em homenagem aos 25 anos de docência do Professor Dr. Araken de Assis*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- TESHEINER, José Maria Rosa; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Temas de Direito e Processos Coletivos*. Porto Alegre: HS Editora, 2010.
- _____. Jurisdição e Direito Objetivo. *Justiça do Trabalho*. nº 325, p. 28-36, jan. 2011.
- _____; ROCHA, Raquel Heck Mariano da. Partes e Legitimidade nas Ações Coletivas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 180, p. 9-41, fev. 2010.
- TUSHNET, Mark. *Weak Courts Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*. New Jersey: Princeton University Press, 2008.
- WIEACKER, Frantz. *História do Direito Privado Moderno*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 2007.
- ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- _____. Prefácio. In: JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha; ALVIM, Eduardo Arruda (Coord.). *Temas de Improbidade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.