

DIREITOS FUNDAMENTAIS COMO REALIDADE DIALÓGICA E A TUTELA JUDICIAL COLETIVA NA CONSTRUÇÃO DA PERSONALIDADE***FUNDAMENTAL RIGHTS AS A DIALOGICAL REALITY AND JUDICIAL COLECTIVE PROTECTION IN THE CONSTRUCTION OF PERSONALITY***

Artigo recebido em 22/10/2016

Revisado em 10/01/2017

Aceito para publicação em 22/04/2017

Jaime Leônidas Miranda Alves

Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Pós-Graduando em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Secretário de Gabinete da 3ª Vara Cível da Comarca de Cacoal do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Autor da obra: O novo Constitucionalismo latino-americano e a tutela dos direitos fundamentais. E-mail: Jaime_lmiranda@hotmail.com

RESUMO: O presente trabalho parte da refutação de uma tese que vem se espalhando na doutrina com certa intensidade: nega-se a dignidade da pessoa humana como condição inerente à pessoa humana. A afirmação causa espanto, mas esse é o entendimento que melhor reflete a atual hermenêutica dos direitos fundamentais e da proteção à pessoa humana. Admitir que toda pessoa tem dignidade significa compreender esta como fenômeno apriorístico, um pressuposto de existência que não exige da sociedade ou do Estado qualquer conduta – ação ou omissão – para garantir sua implementação. Não é o que ocorre. O que todos os indivíduos possuem, na verdade, é a possibilidade de construção de sua personalidade e de sua dignidade a partir da formação de sua identidade e seu reconhecimento pela sociedade. Tudo a partir de uma ótica dialógica moldada numa esfera pública de convivência. A compreensão da dignidade da pessoa humana e, como consequência, do livre exercício de direitos como um construído possui um ônus argumentativo forte e implica na necessidade de um agir comunicativo no sentido de possibilitar a construção da personalidade. O desafio é latente quando se tem como *locus* a pós-modernidade e os seus desafios, que implicam numa cultura de invisibilização da pobreza e das diferenças. Como resposta a essa crise de consciência que dá a tônica da sociedade, surge o dever do Poder Judiciário, por meio de seu ativismo em garantir o mínimo necessário à construção da personalidade dos indivíduos. Surge, aqui, o dever do Judiciário de possibilitar que os indivíduos se tornem pessoas. Tudo com base numa teoria promocional do Direito e na perspectiva hermenêutica constitucional. Como método de análise interpretativa elege-se a dialética e coleta de dados a

partir da técnica bibliográfica. Ao final, pode-se concluir pelo entendimento no sentido de ser fundamental papel da tutela judicial coletiva na construção da personalidade, consagrando, assim, o próprio conceito de pessoa humana.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial. Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais. Pessoaalidade.

ABSTRACT: This paper refutes the thesis that has been spread in the doctrine with some intensity: it denies the dignity of the human person as an inherent condition to the human person. The statement astonishes, but this is the understanding that best reflects the current hermeneutics of human rights and protection of the human person. Admitting that every person has dignity means to understand this as a priori phenomenon, an existence that does not require the assumption of any conduct by society or the state - acts or omissions - to ensure its implementation. It is not what happens. What all individuals have, in fact, is the possibility of building their personality and dignity from the formation of their identity and their recognition by society. Everything starts from a dialogical optics molded into a public sphere of coexistence. The understanding of human dignity and, as a consequence, the free exercise of rights as a construction has a strong argumentative onus and implies the need for a communicative act to enable the construction of personality. The challenge is latent when it has as *locus* of the research the post modernity and its challenges, which implies a culture of invisibility of poverty and differences. In response to this crisis of conscience that gives the tone of society, the duty of the judiciary comes through activism to ensure the minimum necessary for the construction of the personality of individuals. It arises here, the duty of the judiciary to allow individuals to become people. It is all based on promotional theory of law and constitutional hermeneutics. As a method of interpretive analysis, it was chosen dialectics. In the end, it was concluded that the role of collective judicial protection in the construction of personality is essential, thus consecrating the very concept of the human person.

KEYWORDS: Judicial activism. Dignity of human person. Human rights. Personhood.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Direitos fundamentais: acepção clássica. 2 A personalidade como processo de construção dialógica em prol do exercício efetivo dos direitos fundamentais. 3 O poder judiciário como agente facilitador da construção da personalidade. 4 A tutela judicial coletiva e a consagração da personalidade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se sustenta sob duas constatações que, postas lado a lado, se configuram como ponto de tensão uma da outra: a primeira diz respeito à desigualdade como consequência da globalização e da revolução técnico-científica. Vale dizer, ao passo em que se tem crescimento exponencial do crescimento, o mesmo fenômeno, sob outra ótica permite demonstrar a pobreza, a marginalização e a criação de uma gama de problemas sociais que vem em seu bojo.

O outro ponto de constatação a fim de firmar a tese ora proposta se refere ao fato de que os direitos fundamentais, aqui a tônica não se revela na nomenclatura que se escolha utilizar - não são, como pretende a imensa doutrina, inerentes à pessoa humana. Explica-se: pensar em direitos como imanentes à existência da vida humana significa restringir sua análise a uma compreensão apriorística do fenômeno.

A pós-modernidade, contudo, exige mais do que se entende por direitos fundamentais. Como se verá adiante, a doutrina já vem revendo a compreensão de direitos fundamentais para abarcar a noção de processo; não como um dado, mas sim como construído dialógico a partir de uma esfera pública de convivência.

Os direitos fundamentais, portanto, a fim de serem gozados em seu máximo grau de efetividade necessitam de ser reconhecidos pelo outro e aí reside o grande desafio da pós-modernidade: o reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais do “diferente”; aquele que não se enquadra, em determinada esfera, no padrão oficial determinado pela sociedade.

Desrespeitar os direitos fundamentais de um indivíduo é mais que mero ato ilícito com consequências jurídicas: significa romper com a construção de sua personalidade, possuindo implicações também extrajurídicas no descobrimento de seu ser. E essa é a tese da pesquisa.

Como antítese, num giro dialético, tem-se o questionamento acerca do papel do Poder Judiciário na formação do indivíduo, como mecanismo no processo dialógico de construção da personalidade, a fim de que os indivíduos saibam reconhecer a si mesmos e o seus papéis na sociedade, não deixando que a crise de correspondência entre seu ser e o que é compreendido por determinado grupo impeça seu processo de desenvolvimento e, como consequência, limite o exercício regular de seus direitos.

Acerca do tratamento interpretativo a ser conferido às informações coletadas a partir da técnica bibliográfica, utilizar-se-á da dialética, que possibilita a construção do conhecimento de forma progressiva, partindo da estruturação lógico-argumentativa, de modo que os objetos de estudo, a cada momento da pesquisa, se intercalarão como tese, antítese e

síntese de si mesmos, formando, assim, uma análise precisa, integrante de um processo de engenharia do conhecimento.

1 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ACEPÇÃO CLÁSSICA

Primeiramente, no mister de bem compreender a teoria dos direitos fundamentais, cumpre elaborar um conceito preliminar. Necessita-se, assim, responder à questão: “o que são direitos fundamentais?”.

Nesse diapasão, insta ressaltar que conceitos são representações estáticas. Vale dizer, refletem o entendimento de uma sociedade ou de grupo social, em determinado tempo da história. Daí porque surgem diversas teorias, ao longo da doutrina jusfilosófica, que buscam responder o que são direitos fundamentais¹.

Isso posto, os direitos fundamentais se configuram como o mínimo necessário à existência digna das pessoas. Representam a evolução do Estado de Direito e refletem uma conquista de gerações. Limitam a atuação estatal, ao mesmo tempo em que obrigam o Poder Público a agir positivamente, no sentido de garantir situações existentes no plano jurídico, mas não no plano fático.

Sobre os direitos fundamentais, dispõe Pieroth (2011, p. 46) que é possível reconhecer duas linhas: por um lado, direitos fundamentais entendidos como direitos humanos do indivíduo e, portanto, anteriores ao Estado; e o rol de direitos que cabe ao indivíduo uma vez que este é visto como membro do Estado. Nessa hipótese, os direitos fundamentais são outorgados pelo Estado².

Em sentido similar, Canotilho (2003) propõe um diálogo com a teoria discursiva de Habermas, apontando que os direitos fundamentais representam uma moralidade universal, ou

¹ A ampliação e transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: *direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem*. (grifo do autor) (SILVA, 2011, p. 175)

² O que é comum, assim como o que distingue as duas linhas, pode-se definir ainda com mais precisão: dado também a ideia jurídico-natural de uma liberdade e igualdade anteriores à sociedade e ao Estado não ignora que o ser humano não pode viver sem sociedade e sem Estado, também ela, com a “anterioridade” dos direitos fundamentais, se refere à necessidade de fundamentação jurídica da sua limitação. Anterior ao Estado é, nos direitos fundamentais (“direito natural positivado”), o fato de o seu exercício não necessitar de justificação em face do Estado e de, pelo contrário, ser o Estado a ter de justificar a sua limitação dos direitos fundamentais. A evolução alemã reconheceu inteiramente este princípio; só de maneira hesitante alargou unicamente o âmbito em que o poder do Estado estava sujeito ao requisito de justificação. Enquanto a América do Norte e a França aferiam já a origem do Estado (soberania do povo) e a América do Norte e a França aferiam já a legislação (primado da Constituição) pelos direitos fundamentais, a Alemanha submeteu-lhes, durante muito tempo, unicamente a Administração (reserva de lei; cf. n.m 334) (PIEROTH, 2011, p.46-47).

seja, são valores essenciais. Nesse aspecto, ao passo em que o direito positiva e torna exigíveis os direitos fundamentais, estes possuem o condão de legitimar o próprio direito e o Estado Democrático. Aduz (CANOTILHO, 2003, p. p. 1404):

[...] a gênese lógica dos direitos fundamentais constitui um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo dirigido a constituir direito legítimo, ou seja, o princípio democrático, se constituem co-originariamente. Algumas categorias de direitos fundamentais são mesmo princípios “vinculativos” do poder constituinte. Habermas distingue cinco categorias de direitos fundamentais: (1) direitos fundamentais resultantes do desenvolvimento politicamente autônomo do direito ao mais amplo leque de liberdades subjectivas de acção iguais para todos; (2) direitos fundamentais resultantes do desenvolvimento politicamente autônomo do estatuto de membro numa associação livre de “ sócios” jurídicos; (3) direitos fundamentais que resultam de modo imediato da exigibilidade dos direitos e do desenvolvimento, politicamente autônomo, da protecção jurídica individual; (4) direitos fundamentais a uma participação em condições de igualdade nos processos de formação da opinião e da vontade no âmbito do qual os cidadãos exercem a sua autonomia política e através do qual instauram o direito legítimo; (5) os direitos fundamentais à garantia das condições de vida a nível técnico, social e ecológico na medida em que isso se possa considerar necessário, em determinadas circunstâncias, à existência de uma igualdade de oportunidades para o exercício dos direitos cívicos enumerados de (1) a (4);

Nesse aspecto de análise habermasiana (1998), a consagração dos direitos fundamentais reclama a existência de uma sociedade balizada pelo princípio democrático e pelo discurso de garantia de direitos, ou seja, direitos não apenas estabelecidos no plano legal ou constitucional, mas concretizados na esfera material.

Os direitos fundamentais, ou normas jusfundamentais, como prefere Alexy (2013) são caracterizados por possuírem fundamentalidade formal e material. A fundamentalidade formal “*resulta en suposición en la cúspide de la estructura escalonada del orden jurídico en tanto derecho diretamente vinculante para la legislación, el poder ejecutivo y el poder judicial.*” (ALEXY, 2013, p. 503). Fundamentalidade material, portanto, se consubstancia na forma de uma contraposição dos modelos constitucionais extremos, seja puramente procedimental, ou puramente material.

A fundamentalidade material está relacionada ao carácter principiológico dos direitos fundamentais, visto que “*los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales son materialmente fundamentales porque con ellas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad.*” (ALEXY, 2013, p. 505)

Sobre os direitos fundamentais, insta consignar que tratam-se de direitos judiciáveis, ou seja, a limitação de sua eficácia em razão da inércia do Poder Público possibilita ao particular tirar o Judiciário de sua condição estanque, com base no princípio da

inafastabilidade da jurisdição, estabelecido constitucionalmente no artigo 5º, XXXV da Carta Política.

O caráter judicial dos direitos fundamentais, para Bøeckenförde, vem como decorrência da conexão entre o conteúdo jurídico-objetivo e o conteúdo jurídico-subjetivo. Nessa esteira, preleciona que “*los derechos fundamentales como derechos de libertad tienen carácter de pretensión frente al poder público [...] Su violación puede ser atacada a través de un procedimiento judicial ordinario.*” (BÖECKENFÖRDE, 1993, p. 117)

Canotilho (2003, p. 1176) afirma que a Constituição estabelece “em termos de direito e com os meios do direito os instrumentos de governo, a garantir direitos fundamentais e a individualização de fins e tarefas.”

Nesse sentido, e também com base em Habermas (2003), os direitos fundamentais são possuidores de uma natureza deontológica, fazendo surgir para o Estado o mister de agir.

Assim, o movimento neoconstitucional trouxe o entendimento de que os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (*Eingriffsverbote*), mas expressam postulados de proteção. (*Schutzgebote*). Sob o prisma do Estado, os direitos fundamentais se revestem tanto de uma proibição de excesso (*Übermassverbot*), como em proibição de omissão (*Untermassverbot*)³.

Nesse diapasão, afirma-se: em razão dos direitos fundamentais se configurarem como baluartes do Estado de Direito e, por conseguinte, implicarem na existência de direitos positivos vinculados, estes, ao passo que limitam a obrigação do Estado – gerando um dever de não fazer – coagem o mesmo Estado a tomar providências positivas – o que, no plano das políticas públicas acaba por gerar o debate em torno do ativismo judicial.

2 A PERSONALIDADE COMO PROCESSO DE CONSTRUÇÃO DIALÓGICA EM FAVOR DO EXERCÍCIO EFETIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A personalidade não é um dado e sim um construído. Essa premissa, que adiante será aplicada aos direitos fundamentais, chama relevo a partir de nomes como Taylor e Spaemann. No Brasil, nomes como Moureira discutem a personalidade como um atributo a ser alcançado

³ É nesse sentido que – como contraponto da assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência tem admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição de insuficiência (no sentido de insuficiente promoção dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão. (*Untermassverbot*). Nesse sentido, o princípio da proibição de insuficiência atua como critério para aferição da violação de deveres estatais de proteção e dos correspondentes direitos à proteção (SARLET, 2012, p. 210).

sendo necessário, para tanto, uma série de condições. Ser da espécie humana é apenas uma dessas condições – ou requisitos – para se trabalhar a personalidade do indivíduo.

Para que se possa falar em personalidade no caso concreto, deve-se observar a possibilidade existencial que o indivíduo possui de, enquanto livre e coexistente, se construir; construir a visão que tem de si mesmo ao passo em que constrói sua visão de mundo, tudo a partir de uma rede de interlocução dialógica. “É por tal razão que a proposta de uma revisão hermenêutica dos direitos fundamentais pressupõe o reconhecimento e a afirmação do direito do indivíduo se construir, assumir, reconhecer e ser reconhecido pela sua personalidade, intersubjetivamente compartilhada” (MOUREIRA, 2012, p. 18).

Nesse sentido, prossegue Moureira (2012, p. 18) questionando a conotação cristianizada do termo pessoa, que levou à doutrina majoritária, equivocadamente, pensar em dignidade humana como conceito inato à condição de ser humano. De fato, seria muito mais fácil pensar em respeito e tutela de direitos fundamentais se todos tivessem de fato implementado, pelo simples fato de existir, sua dignidade. Não é o que ocorre.

De forma a sintetizar o processo de construção da personalidade, Moureira (2012, p. 19) apresenta o seguinte problema: se uma pessoa for tratada como não-pessoa, como animal ou coisa, deixará de ser pessoa? Sob o crivo de um processo dialógico de construção do ser tem-se que não se retirará o conceito teórico de pessoa, mas se estará comprometendo suas implicações práticas, especialmente no que se refere ao exercício de direitos fundamentais – ou humanos.

Nesse diapasão, na medida em que uma pessoa passa a ser tratada como não-pessoa, deixa de ser, em termos práticos, pessoa, visto que a dignidade necessária para seu reconhecimento não é inerente, mas sim uma condição construída a partir da relacionalidade. Não deixará, por óbvio, de ser humano, mas a negação por parte da sociedade de sua personalidade a estará reduzindo à condição de coisa. Com efeito, “o diferencial entre o cão e o homem está no fato deste se autodeterminar e poder se fazer pessoa, ao assumir a sua personalidade” (SPAEMANN, 2000, p. 38).

Também em Hegel (2005) se trabalha a questão do reconhecimento da personalidade. A teoria hegeliana caminha no sentido de negar o reconhecimento como faceta da “história da sociedade”, se aproximando da compreensão da formação do indivíduo para o universo social. Dito de outra forma, tem-se um redirecionamento em favor do reconhecimento da personalidade como processo de formação da autonomia pessoal, decorrência lógica do modelo substancialista de eticidade. Com efeito, Hegel nega a representação clássica de natureza, como essência das conexões ordenadoras estruturadas sistemática e teleologicamente,

partindo em direção a uma gradativa ocupação com a autonomia do indivíduo como construtor de sua personalidade.

De novo em Moureira (2002, p. 19), tem-se que a busca pela efetivação das liberdades individuais deve-se dar a partir do processo de construção e afirmação da própria identidade, num movimento dialógico de reconhecimento. Cumpre, portanto, ao estudioso do Direito, pensar numa nova hermenêutica dos direitos fundamentais, de caráter pluralista e democrática, que reclama para si um entendimento de pessoa humana como um complexo, mutável, construído e reconstruído, autodeterminado e relacionado a partir de um constante discurso público cujo ponto nevrálgico é a própria identidade e a aceitação da identidade, por si mesmo e pelos outros.

Pensar em direitos fundamentais significa, desta feita, voltar a atenção ao indivíduo enquanto ser livre, apto a se autodeterminar e ter essa personalidade, por ele construída, relacionada; pressupõe uma compreensão da pessoa como indivíduo intersubjetivamente compartilhada.

A partir do reconhecimento de si mesmo e do outro, o indivíduo passa a se construir enquanto pessoa humana, atuando como participante ativo na rede de interlocução, podendo participar livremente da vida social e política democraticamente. O indivíduo visto enquanto pessoa deliberativa, ou seja, possui o condão de fazer seus interesses serem ouvidos e comporem o discurso público. Mais que isso, é capaz de compreender-se como titular de direitos e exigir o seu respeito em face do Estado e da coletividade.

3 O PODER JUDICIÁRIO COMO AGENTE FACILITADOR DA CONSTRUÇÃO DA PERSONALIDADE

Como visto, a tônica da construção da personalidade é o reconhecimento e a liberdade que tem o indivíduo de se moldar como pessoa. Mas conhecer e reconhecer reclama um exercício de respeito e compreensão das alteridades que se vê dificultado quando pensado na sociedade pós-moderna.

Para se reconhecer, deve-se antes enxergar e um dos frutos da pós-modernidade é a crise de consciência que levou à invisibilidade social do pobre, o que, infelizmente, dá a tônica da sociedade.

No mundo globalizado pós Revolução Técnico-Científico-Informacional em que os problemas econômicos se proliferam no mesmo ritmo que os interesses das corporações mundiais, o crescimento dos vencedores do capitalismo é antagonizado pelo problema da

pobreza, que leva à rejeição dos indesejados. Constroem-se, dessa forma, uma teoria das elites sustentada por preconceitos contra todos aqueles que não atendem aos parâmetros desenhados para atender a essa vida consumista. “O não reconhecimento da alteridade seja por discriminação de cor, sotaque, cultural, estética, se faz presente no cotidiano. Vivenciamos uma globalização perversa” (OLIVEIRA SOBRINO, 2013).

Conforme ensina Oliveira Sobrinho (2013), o século XXI – século da pós-modernidade – revela um dos maiores dilemas humanos: a pobreza enquanto questão central do espírito do próprio capitalismo em vigor.

Como resposta à pobreza, a sociedade passa por um processo de negação da pluralidade cultural, de forma a aumentar as diferenças entre aqueles que estão dentro e fora dos padrões morais e de consumo burgueses. Cria-se, portanto, um sistema sustentado pela perspectiva “nós *versus* eles” e, a “eles”, se nega os aspectos mais caros à vida humana, como a própria construção da personalidade e o exercício pleno dos direitos fundamentais, não obstante devidamente assegurados em Cartas Constitucionais e em Tratados Internacionais.

Esses apontamentos servem para reflexão acerca da pobreza enquanto problema jurídico e questão para além do Direito; a formação de sociedade dualista – *nós versus eles* - fere a afirmação histórica dos direitos fundamentais e da busca pela dignidade, na medida em que, em tempos líquidos (BAUMAN, 2007), parece natural negar aquilo que há muito se considerou imanente da pessoa humana. Natural ou não, é o que ocorre e, identificadas as desigualdades sociais, questiona-se o papel do Direito nesse mister.

Em tempos de neoconstitucionalismo, estabelecido na Constituição a partir da cláusula geral da tutela da dignidade humana, tem-se por base do ordenamento jurídico a tutela da pessoa humana e da dignidade fundamental, as quais constituem a força ativa e determinante das inovações no Direito, surgindo a pretensão de reerguer os destroços do direito liberal-individualista.

Esse processo de constitucionalização implica na substituição do centro valorativo do Direito: em lugar do indivíduo surge a pessoa, e no lugar da liberdade individual absoluta, ganha significado e força jurídica a solidariedade social. Passa-se a pensar o direito sob a ótica do sociatismo (ALVES; MARISCO, 2015, p. 43).

E é esse sociatismo que obriga o Estado a agir. O neoconstitucionalismo, dentre outros reflexos, inaugurou o Estado Constitucional Moderno ou, dito de outra forma, a modernidade político-jurídica caracterizada pela vedação constituição de proteção jurídica

insuficiente dos direitos fundamentais. Surge para o Estado, nesse sentido, o papel de proteger e garantir o respeito aos direitos fundamentais.

Essa nova hermenêutica constitucional no sentido de proteger os direitos fundamentais reclama uma virada paradigmática no sentido de compreender a relação entre os Poderes de maneira a possibilitar uma maior liberdade ao Judiciário na defesa dos princípios-fins adotados pela Constituição Federal de 1988.

Fala-se, por conseguinte, em um protagonismo judicial; uma flexibilização da teoria clássica da separação dos Poderes admitida no afã de permitir uma atuação política-jurídica com vistas, por parte do Judiciário, a fim a garantir a força normativa da Constituição, pronunciando-se sobre questões políticas, ainda que subsidiariamente.

Assim, frente à passividade dos Poderes Executivo e Legislativo, provocar-se-á o Judiciário para que, com seus mecanismos, reclame a viabilização dos direitos assegurados na Constituição. A esse ativismo, consigna-se seu caráter subsidiário e por exceção. *Prima facie*, não caberia ao Judiciário ponderar acerca da conveniência de realização de políticas públicas ou ações afirmativas ou, em determinada esfera, novar o direito positivo, mas frente ao caso concreto, direitos que, segundo a Constituição são irrestritos e impassíveis de limitação, veriam sua eficácia totalmente exaurida não fosse o protagonismo judiciário.

Nessa perspectiva, questões como a tutela da saúde e da educação e decisões em prol da transidentidade e do reconhecimento das novas formas de família, além da consignação acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, relevam por parte do Poder Judiciário a busca pela função promocional do Direito.

Cada pronunciamento judicial em que se reconhece uma prerrogativa compatível com o sistema constitucional se está a caminhar no sentido de possibilitar a construção de personalidade das partes que compõem a lide. Aos atores sociais é conferida nova chance de construir sua dignidade pela remoção de obstáculos fáticos pelo Poder Judiciário. A cada decisão se torna mais fina e resolúvel a linha que divide “nós” e “eles”.

O reconhecimento de direitos por parte do Poder Judiciário caminha no sentido de possibilitar a aceitação da alteridade pela pluralidade, se aproximando, cada vez mais, da formação de uma sociedade fundada em instituições justas e éticas, em que a todos é possibilitada a livre escolha na formação de sua personalidade, respeitada pela coletividade.

Permite o ativismo enxergar e, na medida do possível, reduzir as desigualdades. Esse é o primeiro passo em favor do reconhecimento do outro. Surge, assim, uma cultura de aceitação e de construção de identidade social fundada na pluralidade de forma que se pode pensar – ainda que de forma utópica – em um momento na sociedade em que não haverá de se

“aceitar” o *outro*, porquanto todos serão reconhecidos e respeitados em sua personalidade e dignidade. Não haverá a figura do *outro*, mas apenas indivíduos construtores e reconstrutores, dialogicamente, de sua identidade enquanto pessoa na esfera pública de convivência.

4 A TUTELA JUDICIAL COLETIVA E A CONSAGRAÇÃO DA PERSONALIDADE

A tutela coletiva é, sem dúvidas, uma alternativa à questão da morosidade do Poder Judiciário que desponta na chamada sociedade de massa. Com efeito, antes de determinar os contornos da tutela coletiva, mister se faz compreender o interesse coletivo *lato sensu*, este *conditio sine qua non* à existência e instrumentalidade daquela.

Nesse sentido, o interesse coletivo *lato sensu* é tido como o “interesse pessoal de um grupo de pessoas, ou seja, como o interesse de uma pessoa jurídica, que em última análise não deixa de ser um interesse individual, em razão do reconhecimento de personalidade jurídica àquela” (BELINETTI, 2005, p. 667).

Dito de outra forma, o interesse coletivo se consubstancia em uma soma de interesses individuais levados a conhecimento do Poder Judiciário. Desta feita, é certo que os interesses coletivos *lato sensu* – ou, como denomina parte da doutrina, *metaindividuais*, visto que ultrapassam a esfera de interesse do indivíduo – relacionam-se diretamente com a terceira dimensão de direitos fundamentais – mais especificamente à parte dos direitos fundamentais que cuida em tutelar os chamados direitos de fraternidade. Ademais, no confronto clássico entre direitos públicos e privados, Silva (2003) preleciona que os interesses *metaindividuais* situam-se em uma zona intermediária, rompendo, portanto com a clássica definição de direito subjetivo. Destarte, os direitos que integram essa nova categoria de interesses são definidos como aqueles que, malgrado não sejam propriamente interesses estatais, são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. Estes excedem ao âmbito estritamente individual, mas não chegam a constituir interesse público embora destes se aproximem, mas sob outro enfoque (SILVA, 2003, p. 49).

Nesse jaez, os direitos *metaindividuais*, não obstante ultrapassarem a esfera de interesse do indivíduo, uma vez que são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, não constituem interesse público. Conforme entendimento doutrinário abalizado, o interesse coletivo *lato sensu*, ou *metaindividual*, compreende os interesses difusos, os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos.

Necessário se faz, por conseguinte, conceituar esses institutos para que seja, então, possível compreender de maneira adequada os aspectos relevantes em torno da tutela coletiva. Assim, observa-se que cuidou o Código de Defesa do Consumidor, ao estatuir o

microsistema de proteção e defesa dos consumidores, em definir o que viriam a ser considerados interesses difusos -“os transindividuais, de natureza indivisível e de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”(art. 81, I) -, interesses coletivos - “os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.”(art. 81, II) – e interesses individuais homogêneos – “os decorrentes de origem comum” (art. 81,III).

A partir de agora, analisar-se-á as espécies de interesses metaindividuais, a começar pelo direito difuso. Diz-se direito – ou interesse difuso – àquele inerente a toda a coletividade, de forma indeterminada. Ou seja, trata-se de interesse no qual seus sujeitos não podem ser identificados na medida em que inexistente ‘vínculo jurídico ou fático preciso unindo os lesados pelo fato danoso’ (SILVA, 2003, p. 51).

Sob a ótica objetiva, interesse difuso é aquele caracterizado pela individualidade do objeto. Também os interesses coletivos stricto sensu se caracterizam pela individualidade do bem jurídico, vale dizer ‘uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia’ (BELINETTI, 2005, p. 672).

Diferenciam-se dos interesses difusos, noutra direção, no aspecto subjetivo, uma vez que o direito coletivo tem por pressuposto a existência de uma relação jurídica ou fática existente entre os membros do grupo (titulares do direito). Conforme lição de Belinetti (2005, p. 673), a relação jurídica é preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico e pode ocorrer entre os membros do grupo ou entre estes e a parte contrária. Com efeito, a diferença marcante entre os interesses difusos e o coletivo é justamente o fato de neste existir relação jurídica entre os titulares do direito.

Já no tocante aos interesses individuais homogêneos, conforme estabelecido no art. 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, estes são os interesses que se originam de fato comum.

Nesse cotejo, imperioso destacar que interesses individuais homogêneos são o que pode-se considerar acidentalmente coletivos, tendo em vista que são individuais em sua essência, sendo coletivos apenas na forma em que são tutelados. É certo, então, que os interesses individuais homogêneos são direitos individuais que, por compartilharem de uma origem comum, o legislador entendeu por bem tratar-lhes de maneira coletiva, movido, quiçá, pela economia processual e princípio constitucional do acesso à justiça.

Tendo compreendido os aspectos que distinguem o interesse individual dos metaindividuais, cumpre, agora, consignar os pontos relevantes acerca da tutela coletiva e

como esta tem o condão de interferir no plano de eficácia dos direitos sociais. Primeiramente, há de se destacar que a jurisdição é, desde suas raízes, enxergada sob a ótica individual. Ou seja, da mesma forma que a concepção clássica da relação jurídica tem como condão proteger direitos individuais, o processo é o instrumento de efetivação desses direitos.

Pensar em tutela coletiva, nesse sentido, representa verdadeira releitura dos direitos – individuais e metaindividuais – e do próprio princípio constitucional do acesso à justiça. Fala-se, por conseguinte em um novo paradigma processual, segundo o qual “a visão individualista do devido processo judicial está cedendo lugar rapidamente, ou melhor, está se fundindo com uma concepção social, coletiva. Apenas tal transformação pode assegurar a realização dos «direitos públicos» relativos a interesses difusos.” (CAPELLETI; GARTH, 1988, p. 51) Nesse afã, cumpre destacar que as bases teóricas acerca da tutela coletiva remontam ao direito comparado, na *class action* do Common Law. Acerca do tema, Bueno afirma (1996, p. 93): A *class action* do direito norte-americano pode ser definida como o procedimento em que uma pessoa, considerada individualmente, ou um pequeno grupo de pessoas, enquanto tal, passa a representar um grupo maior ou classe de pessoas, desde que compartilhem, entre si, um interesse comum. No mesmo diapasão, a *class action* era justamente a possibilidade jurídica de uma ou mais de uma pessoa atuar em defesa de interesse metaindividual.

Nesses casos, o polo ativo da ação representava os demais interessados, não se configurando, necessariamente, um litisconsórcio. Sob esse prisma, a tutela coletiva era observada no que tange o próprio objeto da relação jurídica pleiteada, uma vez que este aproveitava a toda uma coletividade. A ação coletiva, que de forma hialina encontrou respaldo nas *class actions* norte-americanas, consiste justamente na ideia de que “o litígio pode ser levado a juízo por uma única pessoa, em razão da legitimação extraordinária dos co-legitimados” (MOREIRA, apud GIDI, 1995, p. 15).

Noutro giro, Gidi (1995, p.16) afirma que o que caracteriza a ação coletiva é o fato desta ser proposta por um legitimado autônomo, em defesa de um direito coletivamente considerado, sendo certo que os efeitos da sentença surtirão efeitos sob toda a coletividade. Fala-se, por conseguinte, em coisa julgada coletiva. A importância da tutela coletiva remonta, justamente, no fato de ser possível socorrer diversos direitos metaindividuais – ou até mesmo individuais homogêneos – sem que seja necessário abarrotar de processos o Poder Judiciário.

É por isso que fala-se que a tutela coletiva está intimamente relacionada ao princípio constitucional do acesso à justiça e, nesse sentido, evita-se que, em determinados casos, de um fato que gerou dano coletivo, surjam milhares de ações cujo custo para o aparelho estatal acaba por ser maior à reparação pleiteada. “De outra banda, pela via coletiva, o valor

patrimonial da causa passa a ser relevante e, não raras vezes, exorbitante, o que viabiliza a propositura da ação” (SILVA, 2003, p. 46).

Nesse sentido, além de implicar em acesso à justiça, tutela coletiva passa a ser sinônimo de economia processual, daí porque sua conexão com os direitos sociais, especialmente quando instrumentalizado via ativismo judicial. Vale dizer, não obstante todo o ideário acerca da tutela coletiva e das ações coletivas tenha como base teórica a construção acerca dos direitos de terceira dimensão – fraternidade –, uma vez que se possibilita ao Estado satisfazer o interesse de um grupo na sociedade de massas – às vezes por meio até da consecução de políticas públicas – está-se a sujeitar o Poder Público a efetivar os direitos constitucionalmente estabelecidos. Com efeito, a tutela coletiva passa a ser considerada um instrumento para, além da fraternidade, alcançar-se a solidariedade e igualdade material, corolários do constitucionalismo social. Contribui, ainda, de forma inquestionável, para a construção de identidade de grupos minoritários que, na pós-modernidade, sofrem com uma crise de falta de reconhecimento.

Quando se pensa na teoria do reconhecimento e no papel do Poder Judiciário para implementar esse reconhecimento via processo dialógico numa esfera pública de interação, imperioso destacar o caso paradigmático julgado pelo Supremo Tribunal Federal no bolo do Recurso Especial 440028.

Nos autos, que se originaram de ação civil pública promovida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, se discutia o dever do Estado em promover reformas na escola pública Professor Vicente Teodoro de Souza, em Ribeirão Preto, no sentido de possibilitar o acesso a pessoas com deficiência.

De fato, constatou-se que o prédio da escola apresentava barreiras nas estradas e na quadra de esportes, que tornavam inviável a circulação de alunos com deficiência física, além de não haver banheiros com os equipamentos necessários para garantir o acesso seguro. Outro fator que agravava o acesso se referia ao fato de que os alunos que necessitavam de fazer uso de cadeira de rodas para fins de locomoção não tinham acesso aos pavimentos superiores do prédio, acessível apenas via escadas.

Como fundamento do acórdão, decidido em unanimidade pela Primeira Turma do STF, se discutiu a aplicabilidade do art. 227, §2º da Constituição Federal que determina a edição de lei versando acerca das normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

Aqui, tem-se que eventual omissão do Poder Legislativo – o que não é o caso – não é argumento hábil a justificar o desamparo a direito consagrado constitucionalmente. A nova hermenêutica constitucional caminha no sentido de vedação ao retrocesso social o que implica na compreensão dos direitos fundamentais sob a ótica objetiva. Pensa-se, ainda, conforme um entendimento maduro, numa relação credor-devedor, devendo o Estado fazer ou deixar de fazer o necessário para implementar direito constitucionalmente assegurado.

Desta feita, a omissão do Poder Legislativo, por si só, apenas legitima a atuação *para além* do Poder Judiciário.

No caso em concreto, três foram os requisitos que possibilitaram a procedência da demanda: a) a natureza constitucional da política pública reclamada, b) a existência de correlação entre ela e os direitos fundamentais e; por fim, c) a prova de que há omissão ou prestação deficiente da Administração Pública, inexistindo justificativa razoável para tal comportamento.

Segundo esboçou o Ministro Marco Aurélio em seu voto:

Assentada a natureza constitucional da política pública de acessibilidade, necessariamente a ser implementada pelos demais Poderes Públicos, decorre do conjunto normativo a existência do direito subjetivo público de adequação dos edifícios e áreas públicas visando possibilitar a livre locomoção de portadores de necessidades especiais. É ele qualificado, quando se trata de escola pública, cujo acesso surge primordial ao pleno desenvolvimento da pessoa, consoante proclama o artigo 205 da Carta Federal. O artigo 206, inciso I, dela constante assegura a igualdade de condições para a permanência na escola. Barreiras arquitetônicas que impeçam a locomoção de pessoas acarretam inobservância a regra constitucional, colocando cidadãos em desvantagem no tocante à coletividade. A imposição quanto à acessibilidade aos prédios públicos é reforçada pelo direito à cidadania, ao qual têm jus os portadores de necessidades especiais. A noção de república pressupõe que a gestão pública seja efetuada por delegação e no interesse da sociedade e, nesta, aqueles estão integrados. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 440.028 SÃO PAULO RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO RECTE(S) :MINISTERIO PUBLICO DO ESTADO DE SAO PAULO PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO RECDO.(A/S) :ESTADO DE SÃO PAULO PROC.(A/S)(ES) :PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO).

Voltando à questão da construção da personalidade, tem-se que o processo dialógico a que se reportam os defensores da teoria do reconhecimento não é tarefa fácil. Pelo contrário, exige que ao indivíduo em formação de sua identidade sejam fornecidas todas as condições necessárias para o seu integral desenvolvimento.

Nesse diapasão, quando se refere às minorias, o processo de construção é ainda mais dificultoso em razão dos mais diversos obstáculos, sejam eles naturais ou impostos pela sociedade, ainda que de forma inconsciente, daí porque ser latente a necessidade de intervenção do Poder Judiciário nesse mister.

Ao se pensar na construção da personalidade, a educação formal se vê como aspecto fundamental. Para conhecer a si mesmo e os tantos mundos à disposição, o indivíduo a se tornar pessoa depende de conhecimentos básicos, muitos aos quais só tem acesso quando respeitado seu direito constitucional de educação.

Observa-se que, no caso em tela, ao determinar a reforma da escola com o fito de possibilitar o seu acesso integral por pessoas com necessidades especiais, o Poder Judiciário supriu uma omissão do Executivo e fez com que, para um universo determinado de pessoas, se abrisse um universo ilimitado de possibilidades de construção e reconstrução de si mesmos e da sociedade que querem integrar.

CONCLUSÃO

A partir da constatação da dignidade humana como construído, impende questionar o que é necessário para sua consolidação. A dignidade e a pessoalidade, de fato, não são imanentes à pessoa humana: inerente é a possibilidade de, por meio de um processo dialógico, construir essa dignidade a partir de escolhas de formação de identidade e de seu reconhecimento numa esfera pública de convivência.

Esse processo, contudo, é afetado consideravelmente, pela dinâmica da sociedade. Em tempos de pós-modernidade, vê-se uma verdadeira liquefação de valores, acompanhada por um processo de invisibilização da pobreza e da diferença. Tudo consequência de um capitalismo desenfreado.

Ocorre que para se reconhecer é necessário, antes, se perceber. Deve-se, portanto, enfrentar os valores impostos pela pós-modernidade no sentido de reduzir as desigualdades sociais. Ressuscita o neoconstitucionalismo o axioma da função promocional do Direito em uma hermenêutica de defesa e garantia de direitos fundamentais.

Porquanto a dignidade da pessoa humana e a redução da pobreza sejam realidades constitucionalmente asseguradas, percebe-se que são valores que não se veem implementados no plano fenomenológico. Surge aí a fundamentalidade da atuação do Poder Judiciário que, em uma virada paradigmática, relativiza a teoria clássica da Separação dos Poderes no mister de possibilitar uma conduta pró-ativa, sempre válida quando o que se busca é a consecução dos valores constitucionais.

Cita-se, a título de exemplo, questões como a tutela da educação e da saúde, além das decisões em prol da transidentidade e do reconhecimento das novas formas de família, que

permitem pensar no advento de uma cultura de aceitação e construção de personalidades sob o prisma do respeito à pluralidade em suas diversas formas.

Possibilitando a construção da identidade, consagra-se a dignidade da pessoa humana que, além da proteção jurídica constitucionalmente assegurada, estará amparada pelo sentimento de compartilhamento na esfera pública de convivência. Tal representaria, além de um novo contorno da percepção da dignidade humana, um giro paradigmático no que concerne à tutela dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. A existência dos direitos humanos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg et al. (org.) *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2013, p. 67-76.
- ALVES, Jaime Leônidas Miranda; MARISCO, Francele Moreira. *O novo constitucionalismo latino-americano*. Curitiba: Editora CRV, 2015.
- BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- BELINETTI, Luis Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. In: Estudos de Direito Processual Civil, Ed. RT, 2005, p. 666/671.
- BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Novos Verlagsgesellschaft Baden-Baden: Novos, 1993.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Sergio A. Fabris editor, 1988.
- GIDI, Antônio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HABERMAS, Jürgen. *Más allá del estado nacional*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- HEGEL, G.W.F. Introdução à Filosofia do Direito. Clássicos da Filosofia: Cadernos de tradução. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2005.
- MOUREIRA, Diogo Luna. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana em movimento: o processo dialético de construção e afirmação da personalidade. In: Revista DIXI vol. 14. núm. 16 julho – diciembre, 2012.
- OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de. Da ética na dialogicidade à dignidade da pessoa humana: o neoconstitucionalismo com vistas ao reconhecimento da alteridade no acesso à justiça. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 113, jun 2013.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Souza, São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2011.

SILVA, Viviani Leite da. *A coisa julgada nas ações coletivas*. Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção de Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Luís Roberto Gomes. 2003.

SPAEMANN, Robert. *Personas: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*. Ed. Eunsa, 2000.

TAYLOR, Charles. *As fontes do Self: a construção da identidade moderna*. Ed. Loyola, 1997.