

A CRISE DO ESTADO NEOLIBERAL E A (R) EVOLUÇÃO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS FUNDAMENTAIS NA ATUALIDADE, EM FACE À EFETIVIDADE E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS NO BRASIL.

Sebastião Sergio da Silveira¹
Marcos Aurélio Manaf²

RESUMO: O presente artigo aborda as nuances entre o direito individual e os direitos coletivos, a partir do indivíduo, do Estado e do Direito, por meio dos diferentes interesses (individuais e coletivos). O conjunto de direitos coletivos surgidos a partir da década de 50, no chamado pós-guerra, foi o incremento para uma sociedade nacional e internacional em franca mutação, a ponto de que, a partir do final de década de 70 do século XX, em face da evolução social, a sociedade em si passou a ser uma sociedade de massa, dado que as relações jurídicas individuais se tornaram mais complexas, e o próprio Direito não pode mais permanecer num ambiente fora da realidade, mas aos poucos passou a fazer parte dessa nova realidade e figurar como parte no cenário dos conflitos sociais. O texto foi desenvolvido por meio das concepções doutrinárias de acordo com os diplomas legais.

Palavras-chaves: interesses coletivos; tutela coletiva e efetividade jurisdicional

ABSTRACT: This article discusses the nuances between individual rights and collective rights, from the formation of the individual, the state and the law through the different interests (individual and collective), through a set of collective rights arising from the decade 50, the so-called post-war period, as an increase of national and international society in open mutation, to the point that, from the end of 70s of XX century, in the face of social, society itself has to be a mass society, as individual legal relationships became more complex, and the law itself can not remain in an environment outside of reality, but gradually became part of this new reality and appear as part of the scenario of social conflicts. The text was developed by doctrinal positions according to the legislation.

Key-words: collective interests; collective protection and judicial effectiveness.

INTRODUÇÃO

O presente artigo embasado na investigação da relação entre o indivíduo, do Estado e do Direito, transpassa pela evolução dos interesses individuais para os interesses coletivos, conforme a evolução das famílias, e do próprio Estado como garantidor da ordem social e pacificação dos conflitos, assim, como da atual crítica entre a dicotomia do direito público e do direito privado, enquanto garantidores dos interesses público e privado, em face dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, bem como a necessidade de estruturação de um sistema mais efetivo à defesa dos direitos metaindividuais. Assim, o presente trabalho buscou os pontos convergentes e

¹ Pós-Doutor pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. E-mail: sebastiao_silveira@hotmail.com

² Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto. E-mail: marcosmanaf@gmail.com

divergentes da efetivação dos direitos coletivos, que ainda se encontram obstruídos pela sistematização de normas estruturadas nos interesses individuais e patrimoniais, enclausurando os interesses coletivos, sob uma ordem de interesses híbridos. No entanto, não se pode negar, o microsistema instituído a partir da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, que se reservam como as trincheiras para as normas especiais garantidoras de direitos sociais, a fim de serem preservados, e efetivados conforme a previsão dos direitos fundamentais constitucionais. O objetivo deste artigo é demonstrar a evolução das relações dos indivíduos com o Estado de Direito, e o próprio Estado como garantidor dos direitos individuais e dos direitos coletivos, na ordem de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito e as formas necessárias dos instrumentos jurídicos processuais, para sua concretização e efetivação. A análise foi realizada pelo método dedutivo sobre as posições de Candido Rangel Dinamarco, Hugo Nigro Mazzilli, Luiz Guilherme Marinoni dentre outros, relacionadas à problemática de efetivação dos direitos coletivos no Brasil enquanto Estado de Direito democrático.

O INDIVÍDUO, O DIREITO E O ESTADO

O pressuposto kantiano de que o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo, e nunca meramente como um meio, pois ele precede o Estado e o Direito, serve como lupa à análise moderna da concepção do Estado de Direito, a partir do século XIX, sob o modelo liberal individualista, do qual contribuiu à estruturação do Direito Processual Civil, e que nos dias atuais, ainda, apresenta um forte enfoque nos direitos disponíveis e patrimoniais. No entanto, não se pode afastar a ideia de um Estado de Direito, para sua concretização, depende de sua função não estática, mas sim promotora e irradiadora das mudanças sociais, ora impulsionado pelo ideal de Justiça Social, ora pela influência em seus elementos constitutivos e na própria ordem jurídica. A instituição do Estado de Direito sob um regime democrático, aonde todo o poder emana do povo e para o povo (parágrafo único do artigo 1.º CF/88), declara o objetivo expresso em assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais. O Estado, como regime democrático de governo (aspecto formal), que se inspira e se realiza na vontade geral para a legitimação de um grupo político no Poder, pelo qual se opera valores e fins à igualdade social e econômica (aspecto substancial) e possui, intrinsecamente, a base da organização do Poder, pela positivação dos Direitos Humanos à ordem jurídica, que em nossa Constituição encontram-se elencados como direitos e garantias fundamentais (BOBBIO, 2003, p. 157). Tem-se que a capacidade da lei e do

Poder Legislativo em regular adequadamente a vida social e política, restaurando o Direito como limite do poder.

Nesse sentido, o conjunto de direitos sociais e coletivos surgidos a partir da década de 50, no chamado pós-guerra, como incremento de uma sociedade nacional e internacional em franca mutação, a ponto de que, a partir do final de década de 70 do século XX, em face da evolução social, a sociedade em si passou a ser uma sociedade de massa, dado que as relações jurídicas individuais se tornaram mais complexas, e o próprio Direito não pode mais permanecer num ambiente fora da realidade, mas aos poucos passou a fazer parte dessa nova realidade e figurar como parte no cenário dos conflitos sociais. Sob essa perspectiva Aluísio I. M. Ruggeri Ré discorre que:

[...] as transformações ocorridas no bojo do século XX propiciaram mais do que a mera valorização da solidariedade e do coletivismo, a partir dos quais passaram a almejar não propriamente a libertação do indivíduo, mas, sim, a afirmação da dignidade da pessoa humana (RUGGERI RÉ, 2012, p.26).

As demandas sociais ao longo do século XX passaram por transformações, principalmente a partir da década de 50, quando novos direitos foram introduzidos na ordem jurídico-constitucional das sociedades modernas, como direitos sociais, econômicos e políticos, aumentando assim a responsabilidade do Estado, enquanto esfera pública e esfera política, em garantir a efetividade desses direitos frente às demandas da sociedade civil em particular.

A partir do momento em que as ações e relacionamentos assumiram, cada vez mais, caráter mais coletivo que individual, as sociedades modernas necessariamente deixaram para trás a visão individualista dos direitos, refletida nas “declarações de direitos”, típicas dos séculos dezoito e dezenove. [...] Não é surpreendente, portanto, que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganho particular atenção na medida em que as reformas do *welfare state*³ têm procurado armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.10-11).

No entanto, a dicotomia entre interesses privados e públicos da tradição romana, deve, atualmente, ser entendida com reserva, pois o interesse público no Estado Democrático de Direito

³ Segundo Offe, *welfare state* é definido, habitualmente, como um conjunto de habilitações legais dos cidadãos para transferir pagamentos dos esquemas de seguro social compulsório para os serviços organizados do Estado (como saúde e educação), em uma grande variedade de casos definidos de necessidades e contingências. Claus Offe aduz que os Estados Capitalistas adotaram a substituição do *laissez-faire* (Estado Liberal) dos séculos XVIII e XIX, pelo *welfare state* (Estado Social) no século XX, e que não passou de outro modelo para manter o poder econômico do capital sobre as atividades sociais e políticas do Estado (OFFE, 1984. p.374)

contemporâneo visa alcançar não só um interesse do Estado, mas os interesses sociais, tidos como interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, ou seja, aqueles interesses voltados à sociedade. Os interesses privados são aqueles relacionados aos interesses de direitos disponíveis nas relações intersubjetivas dos indivíduos. Nesta ordem em reconhecer o que se entende como insuficiência da dicotomia público-privado “[...] à medida que a fronteira entre o “público” e o “privado” foi se tornando fluida, abriu-se o espaço necessário para os interesses coletivos (LENZA, 2008, p.377), aglutinados nos grupos, quer dizer: os interesses coletivos terminaram por se “encaixar” entre aquelas duas balizas (MANCUSO, 2004, p.46).”

Os interesses públicos, sob a ótica dos interesses sociais, são esclarecidos por Renato Alessi (1949), com a seguinte distinção: a) interesse público primário o qual consiste no bem geral, sendo um interesse social, que atinge o interesse da sociedade ou da coletividade como um todo, e b) interesse público secundário, aquele relacionado ao modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público (MAZZILLI, 2007, p. 47). A sociedade passou a ser marcada e caracterizada pelos interesses comuns, enquanto o Estado pelos interesses coletivos, a fim de atender a todos e não só o interesse individual ou de uma única classe, categoria ou grupo. Sob esse prisma, Santos informa que modelos baseados no liberalismo que perduraram até décadas de 70/80 do século XX quando entraram em crise, evidenciando a necessidade em reformar os paradigmas da estratégia revolucionária (Liberalismo), através do ajustamento estrutural e financeiro dos Estados, tanto centrais (Estados-providência), quanto os periféricos (Estado desenvolvimentista), com cortes nas despesas sociais desses Estados, o que comprometeu as vias legais para a emancipação social (SANTOS, 2003, p.03-76). E diante desses conflitos estruturantes do Estado, propõe que o Direito, atualmente, encontra-se mais difuso, e deve ter como tarefa reinventar-se além dos modelos do passado liberal para combater com eficiência a agenda conservadora existente.

O Direito como entidade social precisa funcionar de maneira autônoma, pois quando entendido como direito estatal, desempenhou um papel mínimo na gestão das tensões entre regulação e emancipação. Nesse sentido, implica um “des-pensar” do direito, e sua “re-invenção”, a fim de adequar-se às reivindicações normativas dos grupos sociais e dos movimentos, das organizações que lutam por alternativas à globalização neoliberal. Sob este prisma, o contraste entre a sociedade e Estado põe-se então como contraste entre a quantidade e qualidade das demandas e a capacidade das instituições de dar respostas adequadas e tempestivas:

Nas sociedades atuais com suas relações complexas é notório os conflitos entre a sociedade civil e o Estado, quando este não consegue equacionar o atendimento das necessidades demandadas pela coletividade, surgindo as crises e conflitos de

governabilidade, conseqüentemente no aspecto político, gera a crise de legitimidade do representante estatal (governo), como autoridade da qual se reconhece o direito de tomar decisões válidas a serem cumpridas pela coletividade (BOBBIO, p. 36-37).

O Estado de Direito, ao longo dos últimos 50 anos, sofreu mudanças na sua formatação pelo modelo liberal, quando apenas visava atender as carências e necessidades dos indivíduos (cidadãos), passando a visar e assegurar o Bem Comum no atendimento de interesses coletivos, sob a égide do governo democrático enquanto Estado. No tocante as modificações sociais ao longo dos últimos 50 anos, Unger retrata que:

Os benefícios da prosperidade e da liberdade se conflitam numa nova perspectiva de experiência democrática, tendo em vista os modelos liberais desde o século XIX, que não mais se justificam com o progresso prático e a emancipação do indivíduo (UNGER, 1999, p. 13).

Nesse sentido, em relação aos direitos fundamentais:

[...] aparecem como liberdades diante da necessidade de se assegurar a autonomia dos indivíduos em relação à atuação do Estado. É a hegemonia do liberalismo, cuja concepção compreende o indivíduo como ponto de partida. [...] acrescenta-se ainda, que no plano da titularidade (aspecto subjetivo) ter ocorrido um rompimento com a visão meramente individualista para abranger o Direito Coletivo, objeto da presente obra, o qual diz respeito aos direitos das massas, direitos transindividuais, cuja titularidade pertence a coletividade de pessoas (ALMEIDA, 2008, p.297-299.).

Neste espectro, Almeida trata os aspectos objetivos e subjetivos dos direitos fundamentais, os quais compõem o núcleo de uma Constituição democrática e pluralista, cuja dimensão subjetiva ligada às pessoas individuais ou coletivas, sendo considerados titulares dos direitos, enquanto a dimensão objetiva constitui-se no parâmetro básico para a interpretação e concretização da própria ordem jurídica e da fixação dos parâmetros e valores do próprio Estado Democrático de Direito (ALMEIDA, 2008, p.302). Num Estado Democrático de Direito o próprio Estado, através de seus órgãos em determinado momento, chama para si a tarefa em declarar o que consiste o interesse de todos. Dessa forma há uma divisão entre o interesse público e o interesse privado, característicos da tradição romana de Direito, e que nos dias atuais sofrem críticas, pois o interesse público tornou-se termo ambíguo e equivocado, diante da necessidade em alcançar os interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade (difusos ou coletivos) (MAZZILLI, 2007, p. 45-46).

Nesse interim, Marinoni aborda a tutela dos menos favorecidos economicamente, o Estado

tem o dever de viabilizar o acesso de todos ao Poder Judiciário, editando procedimentos acessíveis, e estes devem conter qualidades que os façam mais baratos, rápidos e informais. Por essa razão, o legislador deve elaborar leis que traduzam as normas constitucionais a fim de garantir o acesso à Justiça, o direito à assistência jurídica gratuita, bem como mecanismos céleres e simplificados como os procedimentos dos Juizados Especiais, na busca da efetividade jurisdicional (MARINONI, 2016, p. 45-46). E assim, sob o aspecto dos direitos transindividuais (individuais homogêneos, difusos e coletivos), Marinoni discorre que:

Há tempo os direitos fundamentais deixaram de ser vistos apenas como direitos de defesa ou como direitos de liberdade e passaram a ser concebidos como direitos a prestações, que podem ser classificados como direitos a prestações sociais, direitos a proteção – direitos que obrigam o Estado a proteger os direitos fundamentais – e direitos de participação, vale dizer, direitos que reclamam canais e locais para a participação no poder (MARINONI, 2016, p. 47).

Os direitos fundamentais não cumprem o papel de emancipadores da sociedade, não são expressões democráticas, diante da sua baixa efetividade, pois os direitos estão declarados e a falta de concretização ou eficácia, acabam por tornar o texto legal, letra morta, em suspensão no plano teórico, que segundo Ruggeri Ré (2012, p.41): “[...]vivemos um Direito que não se realiza. Estudamos uma teoria que não se aplica. Afirmamos uma fundamentalidade que não se efetiva”.

O CONFLITO ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E O INTERESSE PRIVADO, ENTRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS E COLETIVOS.

No mundo moderno, a ascensão de grupos de indivíduos e das atividades econômicas ao nível público, teve a transformação dos interesses da esfera privada, para um interesse coletivo, surgindo a esfera política dado os interesses comuns, conforme Arendt:

A distinção entre a uma esfera de vida privada e uma esfera de vida pública corresponde à existência das esferas da família e da política como entidades diferentes e separadas, pelo menos desde o surgimento da antiga cidade-estado; mas a ascendência da esfera social, que não era nem privada nem pública no sentido estrito do termo, é um fenômeno relativamente novo, cuja origem coincidiu com o surgimento da era moderna e que encontrou sua forma política no estado nacional (ARENDDT, 2005, p. 37).

A partir do pensamento de Arendt se pode extrair que indivíduo moderno vive e convive com vários conflitos de pertencimento, tendo o interesse comum franqueado o declínio das famílias,

que acabaram sendo absorvidas por grupos sociais e econômicos, conforme suas necessidades, enquanto o poder político centralizou-se no governo pelo Estado. Por isso, o dualismo entre o público e o privado, nos últimos tempos tem enfrentado críticas no que tange os critérios propostos pelo chamado “Estado Liberal”, tornaram-se insuficientes na evolução histórica, que pudessem justificar, fundamentar, delimitar e conceituar os planos da divisão questionada. Nesse sentido, Almeida considera que:

No paradigma do Estado Liberal de Direito burguês, eram concebidos apenas os direitos do Estado, de um lado, e os direitos dos indivíduos de primeira dimensão, do outro, sendo que este impunha àqueles um agir negativo de abstenção em vez de promoção. [...] Com o surgimento dos direitos de segunda dimensão, como os sociais, culturais e econômicos, a crise da divisão clássica tornou-se evidente. O Estado Social do Direito, que é o Estado da segunda dimensão dos direitos fundamentais, passou a ter um agir promocional com interferências no setor privado, até então regido por uma concepção naturalista, própria de um Estado neutro. Surge então a concepção normativista, com o dirigismo estatal que passa a orientar e a controlar o mercado (ALMEIDA, 2008, p. 411).

O Estado Democrático de Direito representa a vontade constitucional de realização do Estado Social, numa forma a mais da norma em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social, tendo na Constituição os instrumentos para buscar os direitos de segunda e terceira dimensões, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, etc. Nesse ínterim, Hugo Mazzilli discorre sobre o interesse público sendo algo que se busca alcançar o proveito social ou geral, no que tange ao interesse da coletividade considerado em seu todo, e que o constituinte e o legislador, por sua vez, passa a tratar o interesse público (Estado) como um bem geral (sociedade ou coletividade) (MAZZILLI, 2007, p. 45).

Assim, quando a tomada de decisões estatais, que nem sempre fazem o melhor à coletividade, na defesa do interesse público, Mazzilli através das lições de Renato Alessi (1949), expõe as distinções no que se entende por interesse público, sendo: a) interesse público primário, que consiste o bem geral, o interesse social da sociedade ou coletividade como um todo, ou seja, está relacionado à atuação do governo em ações estratégicas; b) interesse público secundário, que consiste o modo pelo qual os órgãos da administração pública vêem o interesse público, incluindo a atuação dos três Poderes, ou seja, está relacionado ao trato das políticas públicas em ações táticas e operacionais (MAZZILLI, 2007, p. 47).

O interesse sob o manto da acepção jurídica conforme De Plácido e Silva, demonstra uma relação íntima entre a pessoa (sujeito de direitos) e as coisas (objeto) que irradia poderes, direitos, vantagens ou prerrogativas, decorrentes de uma situação jurídica (MANCUSO, 2004. p. 20). Não

obstante, o vocábulo ‘interesse’ possui caráter de múltiplos usos em várias áreas do conhecimento, com significados próprios em cada uma delas, por vezes o seu entendimento gera conotações equivocadas, tal como no enfoque econômico está relacionado a um benefício pecuniário, vertendo-se para uma vantagem material, etc. Entretanto, o conceito de ‘interesse’ sob aspecto jurídico pode estar revestido, essencialmente, pelo viés público ou privado, e sob um prisma objetivo ora individual ora coletivo, mas “o fato de um interesse ser exercido por via individual ou coletiva não altera sua essência. A natureza de um interesse advém da finalidade à qual ele está afetado, e não da forma escolhida para o seu exercício” (MANCUSO, 2004. p. 28).

Para tanto, a acepção dos interesses denominados sociais e gerais (esfera privada), por estarem relacionados à atividade de uma coletividade, diferem-se do interesse público devido a presença e a atuação do Estado (enquanto esfera pública para bem comum da sociedade civil), tanto na delimitação de seu conteúdo e quanto à sua normatização (esfera política), ou seja, demarca a presença do Estado-administrador e do Estado-legislador. Nesse ponto, o interesse público vai além da soma de interesses particulares dos membros de uma coletividade, pois visa o Bem comum. No tocante ao enquadramento das novas categorias constitucionais de direitos fundamentais, para Almeida:

O próprio Direito Coletivo não tem campo próprio de enquadramento no âmbito da *summa divisio* Direito Público e Direito Privado. Os denominados “direitos sociais”, tais como os arrolados no art. 6.º da CF/88, também não encontram espaço na divisão clássica. Certamente, por isso, surgem correntes conciliadoras, propondo a tese de um Direito Misto ou de um sistema triconômico de classificação de interesses (ALMEIDA, 2008, p. 413-414).

Assim, o interesse público apresenta um conflito diante da fragmentação entre o ideal e a execução, principalmente quando se trata dos interesses difusos, que por definição são híbridos em sua origem ora privado, ora público, quando tratados de maneira abrangente, coincidem com o interesse público, quando tratados de maneira menos abrangentes, são tratados conforme o interesse de um grupo disperso ou indeterminável, mas que podem apresentar um conflito de interesse da coletividade com o todo ou entre diferentes grupos em si. A Constituição Federal de 1988 tem ao menos dois tipos de normas jurídicas: materiais e processuais, das quais fornecem ao Direito, parâmetros à realização do controle da conduta intersubjetiva, e normas jurídicas processuais, que visam estabelecer condições para que tais parâmetros tenham convergência com seus valores e princípios, a fim de que possam ser efetivados.

Na visão analítica de Dinamarco, as relações entre processo e a Constituição têm dois

vetores, sendo: i) a tutela constitucional do processo, tendo como significado e escopo assegurar a conformação dos institutos do direito processual e seu funcionamento aos princípios advindos da própria ordem constitucional, como: ampla defesa, contraditório, inafastabilidade da tutela jurisdicional, etc.; ii) a jurisdição constitucional, voltada a instrumentalidade do sistema processual à ordem social, política e econômica, por meio da Constituição e das leis ordinárias, de maneira que o processo é o meio não apenas para atingir o seu fim no julgamento (fim próximo), mas atingir a segurança constitucional dos direitos e da execução das leis (fim remoto) (DINAMARCO, 2013, p.27-30). Nessa esteira, Dinamarco citando Abelardo F. Rossi sobre o escopo da jurisdição e instrumentalidade, no tocante a relatividade social e política, informa ser vago dizer que se espera do processo a justiça, assim como se torna vaga a afirmação de que o fim do estado é o bem comum, sendo que:

[...] não consiste na simples garantia dos interesses individuais, nem no bem do Estado como tal, mas configura uma situação real comunitária imanente ao todo social, justamente compartilhada por todos e sem a qual o gozo e exercício dos direitos individuais se tornam ilusórios ou não têm plena satisfação, sem esquecer que a preservação deste último é também uma exigência intrínseca do bem-comum (DINAMARCO, 2013, p.184).

Gregório Assagra de Almeida professora no sentido de que os direitos coletivos serem conceituados como parte integrante da teoria constitucional dos direitos fundamentais e integram o conjunto de princípios, garantias e regras disciplinadoras dos direitos ou interesses difusos, dos direitos ou interesses coletivos em sentido estrito, dos direitos e interesses individuais homogêneos e dos interesses objetivos coletivos legítimos, como preceitua o artigo 81 do CDC⁴. Para tanto, a aplicação das normas de processo civil à tutela de direitos coletivos visa à busca de proteção estatal do Homem, e não somente do direito em si, a finalidade da ação é servir como meio de participação política do povo no Estado, de forma que o interesse processual (utilidade e adequação) assume novos contornos, sendo crucial, quando de uma ação coletiva, que o magistrado observe o interesse e relevância sociais do objeto tutelado ao apreciar a inicial, a fim de garantir um maior acesso

⁴ Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, 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;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

efetivo à justiça (RUGGERI RÉ, 2012, p. 55-56). Nesse sentido, o autor aborda, ainda, o acesso à Justiça Coletiva como um Direito Humano Fundamental, percorrendo 3 fases histórico-evolutiva do processo, sendo:

1 – **Civilismo Romano** – o processo era tido como mero procedimento, uma secessão de atos e a ação como uma extensão do direito material lesado. Esta fase foi concebida como “Sincretismo ou Civilismo Processual”, tendo em vista a confusão entre os planos materiais e substanciais. Esta fase se estende do Direito Romano até o final do século XIX.

2 – **Processualismo Científico** – essa fase foi inaugurada por Oskar von Büllow, que pregava a autonomia do processo em relação ao direito material, influenciado pela legislação francesa (Códigos Napoleônicos – 1806). Esta fase é denominada como “Autonomista”, caracterizada pela separação das relações jurídicas material e processual.

3 – **Instrumentalismo Processual** – essa fase atribui ao processo funcionalidade, e que ele tinha um objetivo a ser alcançado, ou seja, a efetividade do direito material envolvido, de maneira que não deveria prevalecer as forma solenes em detrimento do direito substancial da parte, sob pena de inviabilizar o acesso à justiça (RUGGERI RÉ, 2012, p. 73-74).

Nessa esteira, destacada a importância teórica de Mauro Cappelletti e Bryant Garth em relação ao que instituíram chamar de três ondas renovatórias dessa nova fase processual, através: i) acesso à justiça aos necessitados; ii) tutela coletiva dos interesses difusos e coletivos; e iii) meios que possam atribuir maior efetividade e celeridade à tutela jurisdicional, por meio da antecipação do provimento, da mitigação dos recursos e dos meios de impugnação, e pela concentração dos ritos processuais (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p.31).

Assim, a proteção dos direitos coletivos admite todo e qualquer tipo de tutela jurisdicional, seja, declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva. No objeto do direito material judicializado no processo coletivo, encontram-se diversos bens jurídicos como: meio ambiente, erário, patrimônio histórico, cultural, artístico, paisagístico, relações de consumo, saúde, educação (direitos sociais), etc. que não são um rol taxativo/exaustivo, pois a ACP pode amparar qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 129, III CF e art. 1.º, IV LACP). Dessa forma, o entendimento por Gajardoni de que os indivíduos e a própria coletividade têm o direito ao exercício de acesso à justiça, bem como obter num prazo razoável a solução jurisdicional, de maneira que o tempo ou a prática dos atos procedimentais não podem diminuir o papel do processo à mera técnica de obtenção de resultados, A celeridade e tempo razoável na demanda processual, busca também garantir a segurança jurídica, devendo ser afastada qualquer ação desmedida de sujeição das partes

ao poder estatal (GAJARDONI, 2015, p. 25-26).

DA EFETIVIDADE JURISDICIONAL NA DEFESA DOS DIREITOS METAINDIVIDUAIS

No tocante ao procedimento comum coletivo regido pelo “microssistema coletivo”, segundo alguns juristas, há uma tendência legislativas em transformar a LACP em norma geral, que elidiria entraves de interpretação do sistema e padronizaria o processamento das ações coletivas, tornando-o mais coeso e eficiente. Nessa esteira, Lenio Luiz Streck o Estado Democrático de Direito representa a vontade constitucional de realização do Estado Social, numa forma a mais da norma em relação ao direito promovedor-intervencionista próprio do Estado Social, tendo na Constituição os instrumentos para buscar os direitos de segunda e terceira dimensões, via institutos como substituição processual, ação civil pública, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção, etc. (STRECK, 2014, p. 43-73). E o autor referencia seu entendimento na discussão contemporânea sobre a hermenêutica jurídica e o problema que envolve o papel dos Tribunais no contexto de um Estado Democrático de Direito, divididos em dois eixos temáticos: 1) procedimentalismo – que não reconhecem um papel concretizador à jurisdição constitucional, reservando para esta apenas a função de controle das regras de funcionamento democrático e 2) substancialismo – reconhecem o papel concretizador e vêem o Judiciário como um *locus privilegiado* para a garantia do fortalecimento institucional das democracias contemporâneas, e que não autoriza a defesa de ativismo judicial, sob pretexto de estar concretizando direitos, sob só se apresentará como concretizador na medida em que se encontra adequadamente à Constituição, isenta de fundamentação em critérios pessoais de conveniência política e ou convicções morais.

Segundo Ruggeri Ré (2012, p.212-215), tal reestruturação pode contribuir à tutela adequada dos direitos coletivos em evitar alguns entraves ou impropriedades processuais que a doutrina tem apontado como empecilhos à concretização dos mesmos, bem como à potencialização do próprio processo. A LACP é concisa ao dispor sobre a petição inicial em sede de ação civil pública, e após análise no microssistema coletivo, o CPC é utilizado de maneira subsidiária, sendo observados os requisitos do art. 319 e seguintes do CPC/2015. Assim, a ACP deve seguir o rito ordinário estabelecido pelo CPC. A efetividade está associada ao fim ou resultado de um processo, procedimento ou algo proposto a ser feito, cuja concreção e obtenção seja de forma adequada, econômica e rápida. E, ainda, não se pode olvidar da eficácia, dado o meio utilizado, associa-se diretamente a efetividade, lastrando-se ao resultado final, cujo atributo principal venha a ser a

economia ou o custo, benefício resultante do fim alcançado. Numa classificação didática sobre a efetividade no atendimento de interesses dos indivíduos e da coletividade, segundo Ruggeri Ré (2012, p.237-308), tem-se:

1) Efetividade Interna – refere-se ao âmbito interno da Soberania do Estado, sendo:

1.1) extrajudicial – relacionada aos mecanismos não jurisdicionais, presente na atividade estatal administrativa (ex.; CADE, Agências Reguladoras, etc.) e investigativa (Ministério Público por meio do inquérito civil);

1.2) judicial – relaciona-se aos mecanismos jurisdicionais ligados especificamente ao processo e suas fases: a) postulatória; b) instrutória; c) procedimental e decisória e d) executória e reparatória;

2) Efetividade Externa – refere-se ao âmbito externo, ligada aos organismos internacionais não jurisdicionais com atribuições regulatórias em determinado ato ou conduta dos Estados, que ratificaram convenções ou tratados internacional.

2.1) Administrativa – Ex.: OMC – Organização Mundial do Comércio

2.2) Civil – Ex.: OEA – Organização dos Estados Americanos

2.3) Penal – Ex.: Tribunal Internacional Penal (TIP).

Dessa forma, os indivíduos e a própria coletividade têm o direito ao exercício de acesso à justiça, bem como obter num prazo razoável a solução jurisdicional, de maneira que o tempo ou a prática dos atos procedimentais não podem diminuir o papel do processo à mera técnica de obtenção de resultados, A celeridade e tempo razoável na demanda processual, busca também garantir a segurança jurídica, devendo ser afastada qualquer ação desmedida de sujeição das partes ao poder estatal (GAJARDONI, 2015, p. 25-26). A efetividade de direitos encontra obstáculos, dos quais influenciam de maneira particular aos interesses difusos ou coletivos, e Hugo Mazzilli ao tratar das dificuldades sobre os interesses de grupos em alcançar uma disciplina processual própria, para sua adequada defesa em juízo:

Não é de hoje que o Direito se tem preocupado com a solução judicial de problemas de grupos, classes ou categorias de pessoas. Assim, as ações de classe do Direito norte-americano (class action) têm raízes nas cortes medievais inglesas. Pelo bill of peace, o autor de uma ação individual requeria que o provimento englobasse os direitos de todos os que estivessem envolvidos no litígio, par que a questão fosse tratada de maneira uniforme,

evitando a multiplicação de processos (MAZZILLI, 2007, p.46).

E assim, no entendimento de Candido Rangel Dinamarco, a efetividade do processo:

[...] como se propõe significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade.[...]é preciso adequar o processo ao cumprimento de toda essa complexa missão, para que não seja fonte perene de decepções somadas a decepções [...], nem permite que com isso se desgaste a legitimidade do sistema (DINAMARCO, 2013, p.320).

No que tange aos direitos sociais (saúde, educação, etc.), isto é, aqueles direitos dos indivíduos à prestação em face do Estado, Robert Alexy ao tratar de direitos e a prestação prevista de forma expressa nas Constituições e direitos às prestações atribuídos por meio de interpretação, aduzindo que são diferentes, quando relacionados ao conteúdo, estrutura e problemas.

As normas a serem atribuídas aos dispositivos de direitos fundamentais sob a rubrica “direitos fundamentais sociais” são de tipos os mais distintos. A partir de pontos de vista teórico-estruturais, elas podem ser diferenciadas com base em três critérios. Em primeiro lugar, pode-se tratar de normas que garantem direitos subjetivos ou normas que apenas obriguem o Estado de forma objetiva. Em segundo lugar, ela poder ser normas vinculantes ou não-vinculantes – neste último sentido seriam elas enunciados programáticos. Uma norma deve ser considerada “vinculante” se for possível uma análise de sua violação por meio do Tribunal Constitucional Federal. As normas podem, por fim, fundamentar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, isto é, regras ou princípios (ALEXY, 2015, p. 500-501).

Nos dias atuais existem muitas críticas à atuação do Poder Judiciário. Alguns apontam para timidez de suas decisões. Não obstante, a maioria indica excessos na construção de suas decisões. Nesse sentido é a crítica:

O que pode observar, portanto, é que, de um modo ou de outro, a relação direito e política continua sendo um ponto delicado do constitucionalismo brasileiro. Em um contexto de construção da democracia no Brasil, o Judiciário (em especial, o STF) deveria se preocupar em exercer sua autonomia e independência funcional cumprindo o projeto que lhe é proposto: o de ser o ponto de equilíbrio institucional na democracia, como bem nos lembra Rafael Tomaz de Oliveira (2016). Mas insiste em fragilizar a democracia agindo em excesso (TASSINARI; LIMA, 2016, p. 154).

Nessa esteira a atuação do Poder Judiciário nas demandas intersubjetivas e coletivas, encontra-se no limiar entre a judicialização e o ativismo judicial, sendo este entendido como uma espécie de interferência inadequada do judiciário na função legislativa, por meio de uma decisão

judicial (sentença), cria uma “nova norma”, ocasionando um desequilíbrio na harmonia e autonomia entre os Poderes (art. 2.º, CF/88), podendo abalar o pilar da democracia, pois tal inovação, não está contemplada em lei, nem em tratados, sequer na Constituição. Por outro lado, a proposta de judicialização é uma iniciativa livre a qualquer cidadão ou instituição ao exercício de seu direito em ameaça ou lesão, para buscar socorro ao Poder Judiciário, reforçando assim o Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição brasileira prescreve direitos fundamentais individuais e sociais, nos quais o legislador constituinte atribui o dever do Estado instrumentalizar os meios necessários, para que todos os indivíduos possam exercer seus direitos e que, em face da evolução social, há maiores evidências em demandas de interesses coletivos e/ou difusos. As normas de direitos individuais e sociais, no tocante à sua efetividade, não se pode olvidar a eficácia do meio utilizado, ligado diretamente ao resultado final, cujo atributo principal venha a ser a economia ou o custo-benefício do fim alcançado. A efetiva concretização de direitos no Brasil, principalmente os direitos coletivos, tem demonstrado franca dependência da atuação do Poder Judiciário, que não deve e não pode operar fora dos limites que lhe são impostos, mas que a cada dia vem sendo mais chamado para se pronunciar sobre garantias e direitos assegurados no texto constitucional.

Não obstante, a deformidade apontada vem propiciando uma profusão de decisões do Poder Judiciário, muitas que sobrepõe as competências próprias dos outros Poderes da República, justificando o surgimento do ativismo judicial, que muito tem sido criticado, principalmente pela insegurança jurídica que provoca. É certo que grande parte das decisões do Poder Judiciário relacionadas com a implementação de políticas públicas ou garantias de direitos coletivos, que impõem ações ou omissões aos outros Poderes se fundam na necessidade de cumprimento de normas auto executáveis (self executing). Quando tais decisões se conformam dentro de tais padrões, ou seja, de determinação de cumprimento de garantias ou direitos assegurados, por mais duras que possam ser, elas não podem ser criticadas. Noutra giro, é evidente que diante do quadro de letargia do Estado e generalizado descumprimento da Constituição, foi aberto um flanco perante o Poder Judiciário, por onde estão sendo propostas discussões sobre normas programáticas ou valores da Constituição, propiciando decisões que podem ser interpretadas como extrapolação de sua competência constitucional ou de violação da cláusula da separação dos poderes.

Além das críticas naturais de há muito existentes, hoje também já é possível a percepção de uma reação dos defensores do estado liberal, com a articulação de proposições legislativas, que limitem tais direitos ou as políticas públicas a eles relacionadas. Portanto, no Brasil existe o risco concreto de graves retrocessos, decorrentes da reação dos setores que defendem o Estado Mínimo.

Mesmo diante dos conflitos enfrentados nos dias atuais, nos parece ser inegável reconhecer o enorme avanço no campo da efetivação dos direitos e garantias constitucionais, principalmente dos coletivos, sendo que grande parte dos resultados hoje colhidos, são frutos da atuação do Poder Judiciário e dos setores mais progressistas da sociedade brasileira. O momento político atual está exigir redobrada vigilância e disposição de defesa das conquistas verificadas, como forma de minimizar os riscos impostos pelos clamores de prevalência do liberalismo estatal em detrimento do Estado Social de Direitos cunhado pela Constituição de 1.988.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo. Superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado por uma nova *Summa Divisio* Constitucionalizada**. Belo Horizonte: Del Rey. 2008.

ARENDT, Hanna. **A condição humana**. Tadução: Roberto Raposo. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2005.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: por uma teoria geral da política**. Tradução de Marco Aurelio Nogueira. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 2003.

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

DINAMARCO, Candido Rangel. **A Instrumentalidade do processo**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Teoria geral do processo: comentários ao CPC de 2015: parte geral**. São Paulo: Forense, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos: Conceito e legitimação para agir**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme (et al). **Novo curso de processo civil: Tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. 3 vol. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva. 2007.

OFFE, Claus. **Problemas estruturais do Estado Capitalista**. Tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

RUGGERI RÉ, Aluísio Iunes Monti. **O processo civil coletivo e sua efetividade**. São Paulo: Malheiros, 2012.

SANTOS, Boaventura Sousa. **Poderá o direito ser emancipatório?** Tradução de João Paulo Moreira. Coimbra/Portugal: Centro de Estudos Sociais: Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 65, Maio 2003, pp.03-76.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Revista do Advogado, 2014

TASSINARI, Clarissa; LIMA, Danilo Pereira. A construção da democracia no Brasil: A difícil relação entre Direito e Política. **Revista Paradigma**, Ribeirão Preto, v. 25 n. 2, p.154-172, jul/dez, 2016.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Democracia realizada. A alternativa progressista**. São Paulo: Boitempo Editorial. 1999.

VASCONCELOS, Antonio Gomes. **Jurisdicción y el papel del juez em el estado democrático de derecho: um cambio paradigmático en América Latina**. Revista Paradigma, nº 25-1. Ribeirão Preto, 2016.