

DIREITOS E DEVERES COM OBJETO DIFUSO A PARTIR DA PERSPECTIVA OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rodrigo Coimbra¹

Resumo: O presente ensaio propõe o estudo dos direitos e deveres com objeto difuso a partir da Constituição e da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, mediante a aplicação do Direito objetivo, de modo a valorizar preponderantemente o ponto de vista da sociedade na sua totalidade. Pensar a problemática dos direitos difusos a partir da aplicação do Direito objetivo é uma forma de superar o individualismo que marca a cultura jurídica desde o direito romano e atrapalha a compreensão desse fenômeno tão importante. Essa perspectiva não desconsidera que as pessoas são o fim último do Direito, pelo contrário, apresenta um método que prescinde da noção de direito subjetivo, a fim de dar mais efetividade a essa classe de direitos.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais – Deveres fundamentais – Direitos com objeto difuso – Perspectiva objetiva – Direito objetivo.

Abstract: This paper proposes the study of rights and duties with diffuse object from the objective perspective of the Constitution and fundamental rights, by applying the objective law, mainly to enhance the view of society as a whole. Think the problem of diffuse rights from the application of the law is an objective way to overcome the individualism that marks the

¹ Doutor e Mestre em Direito. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito e da Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil. Advogado.

legal culture since the Roman law and hinders the understanding of this phenomenon as significant. This perspective does not ignore that people are the ultimate law, the other hand, presents a method that dispenses with the notion of subjective rights in order to give more effectiveness to that class of rights.

Keywords: Fundamental rights - Fundamental Duties - Rights diffuse object - Perspective objective - objective law.

Sumário: 1. Introdução – 2. A dupla perspectiva dos direitos e dos deveres fundamentais – 3. Direitos com objeto difuso – 4. Direitos e deveres com objeto difuso a partir da perspectiva objetiva– 5. Aplicação do Direito objetivo – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO



O presente ensaio visa a debater os direitos e deveres com objeto difuso a partir da Constituição e da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

A pesquisa se justifica em face da importância dos direitos e deveres com objeto difuso na sociedade atual e propõe um método que prescindir da noção de direito subjetivo para a sua concretização, a fim de dar mais efetividade a essa classe de direitos.

O estudo está dividido, em seu desenvolvimento, em quatro partes, iniciando pela dupla perspectiva dos direitos fundamentais, passando pela caracterização dos direitos com objeto difuso e sua análise preponderantemente a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, mediante a aplicação do Direito objetivo.

Como método científico de abordagem do assunto, é utilizado o método dedutivo, partindo de princípios gerais para

chegar a conclusões particulares. A abordagem da pesquisa se dá pelo modelo qualitativo, na medida em que se buscará o entendimento do fenômeno em seu próprio contexto.

2. A DUPLA PERSPECTIVA DOS DIREITOS E DOS DEVERES FUNDAMENTAIS

Os direitos e os deveres fundamentais vinculam-se ao que passou a ser denominado de perspectiva ou dimensão objetiva dos direitos fundamentais (ainda que essa vinculação não seja exclusiva), que os considera não apenas sob o ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado (perspectiva subjetiva), mas também valoriza o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade (perspectiva objetiva), quando se tratar de valores e fins que ultrapassem a esfera do indivíduo tanto em direitos como em deveres.²

De acordo com Sarlet³ a constatação de que os direitos fundamentais possuem dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) constitui uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo.

Analisando a dupla perspectiva dos direitos fundamentais, Hesse⁴ diz que, por um lado, “eles são *direitos subjetivos*, direitos do particular”, e, por outro lado, “eles são *elementos fundamentais da ordem objetiva* da coletividade”. (“destaque do original”)

Canotilho⁵ assim diferencia o que ele chama de “funda-

² 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.

³ 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.

⁴ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 228.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 546. Nesse sentido, também ANDRADE, José Carlos Vieira de.

mentação” subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais:

Um fundamento é subjetivo quando se refere ao significado ou relevância da norma 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 *subjetivo* 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’). (“destaque do original”)

Esse ângulo de visão – perspectiva objetiva – elastece a compreensão do tema, adequando-se à largueza dos direitos e dos deveres com objeto difuso, embora não se possa nem se queira negar que a agressão a um bem difuso também pode ferir direitos individuais (em que pese os direitos individuais não sejam objeto do presente trabalho). Pelo contrário, em muitos casos, há coexistência entre ambas as perspectivas⁶, quando um mesmo fato (poluição de um rio, por exemplo) gera lesão ou ameaça de lesão a direitos com objeto difuso (perspectiva objetiva) e lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais (perspectiva subjetiva).

Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 114.

⁶ Nesse sentido: PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007, p. 72; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 199, p. 13-39, em especial p. 23-24, set. 2011; LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais. Efetivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 85-86.

A doutrina tem realçado a coexistência da dupla perspectiva dos direitos fundamentais. Nesse sentido, Mendes⁷, 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”.

Igualmente nessa linha de valorização da dupla perspectiva dos direitos fundamentais, Marinoni⁸ refere que “geralmente convivem, na norma de direito fundamental, as perspectivas objetiva e subjetiva”, destacando que, além de poder ser 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.

Conforme Sarlet⁹, a face objetiva dos direitos fundamentais transcende a face subjetiva, atuando como “uma espécie de mais-valia jurídica, no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais”. Essa visão de transcendência da perspectiva objetiva é uma premissa importante para o desiderato do presente trabalho.

3. DIREITOS COM OBJETO DIFUSO

Entende-se que a melhor denominação para o fenômeno dos “chamados direitos difusos” é “direito com objeto difuso”¹⁰, pois não é o direito que é difuso, mas é o seu objeto que

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 6.ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 189.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 74.

⁹ 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, 147 e 228.

¹⁰ Não obstante entenda-se que “direito com objeto difuso” é a expressão mais adequada para o fenômeno, também se utiliza no presente trabalho a expressão “direito difuso” por ser a mais usada na doutrina e na jurisprudência pátrias.

pode ser difuso, entre outras classificações.

De acordo com Pontes de Miranda¹¹, o objeto de direito “é algum bem da vida que pode ser elemento do suporte fático de alguma regra jurídica, de cuja incidência emane fato jurídico, produto de direito”, esclarecendo o autor que objeto do direito é “o que *pode* ser atingido pela eficácia do fato jurídico: nos direitos reais, é o substrato mesmo deles, e diz-se coisa; nos direitos de crédito, é a promessa; nos outros direitos, é a vida, a liberdade, o nome, a honra, a própria pessoa, ou a pessoa de outrem, ou outro direito”. (“destaque do original”).

Na classe difusa, os objetos do direito podem ser: o patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe; a moralidade administrativa; o meio ambiente; o patrimônio histórico e cultural; as relações de consumo; as relações de trabalho; bens e direitos de valor artístico, estético, turístico e paisagístico; a ordem econômica; a ordem urbanística, entre outros.

Adverte Pontes de Miranda¹² ser “da máxima relevância evitar-se confusão entre objeto dos atos jurídicos (e até dos fatos jurídicos *stricto sensu*) e objeto de direito”. Exemplifica, o autor, que o objeto do negócio jurídico bilateral de compra e venda não é a coisa, mas a prestação prometida (a promessa).

O objeto do direito pode ser considerado no presente, no passado e no futuro. Segundo a lição pontiana, o objeto de direito “ou é considerado *no futuro*, como bem da vida que pode ser atingido pela eficácia jurídica, ou *no presente e no passado*, como bem da vida que foi ou está sendo atingido pela eficácia jurídica”.¹³ Essa observação é importante para os direitos com objeto difuso, pois muito se fala nas futuras gerações no que tange ao direito ao meio ambiente, por exemplo.

¹¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 9 e 16.

¹² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 9.

¹³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 17.

Nesse particular, observa Tesheiner¹⁴ que “as gerações futuras guiar-se-ão por seus próprios critérios, independentemente do que dizemos agora. Se vierem a respeitar nossos decretos de prescrição, será simplesmente por entenderem que essa é a melhor solução. Poderão ou não respeitar as decisões passadas, assim como nós, as de nossos antepassados”.

Nos direitos com objeto difuso, o objeto é considerado como um só, “de natureza indivisível”, segundo a legislação brasileira¹⁵, gerando “a conseqüente comunhão de destinos dos respectivos titulares, de modo tal que a satisfação de um só implicaria, por força, a satisfação de todos, assim como a lesão de um só constitui lesão à inteira comunidade”, conforme destaca Barbosa Moreira.¹⁶ Essa destinação “unitária” dos direitos com objeto difuso (indivisibilidade) é uma de suas características diferenciadas. A respeito dessa característica do objeto, averba Pontes de Miranda: “o objeto é considerado como um só, se é utilizado como um só bem jurídico (utilização unitária)”.¹⁷

Observe-se que só se pode falar em objeto de direito no plano da eficácia. Conforme destaca Pontes de Miranda¹⁸, “no mundo jurídico, para os três planos não há a mesma sorte para os objetos, inclusive as coisas: no plano da existência jurídica, não há falar-se em objetos de direitos; nem no plano da valida-

¹⁴ Artigo inédito, gentilmente cedido pelo autor.

¹⁵ Conforme o conceito disposto no art. 81, I, da Lei 8.078/90. In: BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Coletânea de Legislação e Jurisprudência, Brasília. *Lex: Legislação Federal e Marginalia*.

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: direito processual civil. *Temas de direito processual*. 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 8.

¹⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 9.

¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970, t. 2, p. 17. Sobre os planos do mundo jurídico, ver também MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 79-85.

de; só no plano da eficácia, em que os direitos, as pretensões, as ações e as exceções se produzem, é que se pode falar em objetos de direito e, pois, em coisas”. Em outros termos, o meio ambiente ou o patrimônio histórico só é objeto de direito a partir do momento em que há direitos, pretensões, ações ou exceções em relação a ele, o que se dá no plano da eficácia.

Observe-se que alguns direitos com objeto difuso são denominados pelo próprio ordenamento jurídico como “bens”, como ocorre na Lei da ação civil pública (Lei 7.347/85), ao tutelar “bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico” (art. 1º, III).

De acordo com Pontes de Miranda, o conceito de “bem”, no Código Civil (ainda que o autor estivesse se referindo ao Código Civil de 1916, essa parte conceitual sobre os bens foi mantida pelo Código Civil de 2002), “é aproximadamente o de objeto de direito; mais amplo, pois, que o de coisa”.

Consoante a lição de Orlando Gomes¹⁹, a noção jurídica de bem “compreende toda utilidade, física ou ideal, que possa incidir na faculdade de agir do sujeito. Abrange as coisas propriamente ditas, suscetíveis de apreciação pecuniária, e as que não comportam essa avaliação, as que são *materiais* ou não”. Para o autor, o objeto dos direitos “são os bens e as prestações”, portanto, os bens são um dos objetos de direito, sendo que “tomada no sentido mais claro, a palavra *bem* confunde-se com o objeto dos direitos”.

Estabelecidas essas importantes pontuações acerca da denominação do fenômeno dos direitos com objeto difuso e sua abrangência, passa-se, agora, ao estudo dos direitos e dos deveres com objeto difuso sob a perspectiva objetiva.

4. DIREITOS E DEVERES COM OBJETO DIFUSO A PARTIR DA PERSPECTIVA OBJETIVA

¹⁹ GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 199.

A perspectiva objetiva dos direitos e deveres fundamentais possui “função autônoma” na concretização do Direito, mediante o “reconhecimento de efeitos jurídicos autônomos”, consoante explica Sarlet²⁰: “cuida-se aqui de apontar para os desdobramentos da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais na qualidade de efeitos potencialmente autônomos, no sentido de não necessariamente atrelados aos direitos fundamentais consagradores de direitos subjetivos”.

No âmbito do direito ambiental – típico direito com objeto difuso –, Carla Amado Gomes²¹ posiciona-se contrariamente ao reconhecimento subjetivo ao meio ambiente, sustentando que ele deve ser pensado sob uma perspectiva exclusivamente objetiva.

Canotilho²², examinando o ordenamento jurídico português, entende que o direito ao ambiente é um direito subjetivo.

²⁰ 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, 147 e 228.

²¹ “[...] entendemos ser o direito ao ambiente uma fórmula vazia de significado jurídico em virtude da impossibilidade de determinação de um conteúdo para tal posição jurídica, a construção baseia-se na 2ª parte do nº 1 do artigo 66º da CRP, que autonomiza o dever fundamental de protecção do ambiente, densificável a partir da definição de prestações concretas relativamente a bens naturais determinados. Esta nossa construção pressupõe, no entanto, a existência de deveres (de protecção do ambiente) *por causa* do exercício de direitos (de circulação, de propriedade, de investigação científica). Ou seja, sobretudo na presença de obrigações de *facere*, o raciocínio implica que o dever de protecção do ambiente — cuja configuração concreta depende da(s) actividade(s) desenvolvida(s) pelo sujeito —, emergja como contrapartida do exercício de determinados direitos. Não significa isto que o dever de protecção do ambiente seja correlativo de um direito com o mesmo objecto — já vimos que essa orientação é de rejeitar. Trata-se, isso sim, de verificar uma ligação incidível entre uma responsabilidade individual de uso racional de um bem de uso colectivo e a pretensão jurídica de levar a cabo determinadas actividades que, pela sua incidência ambiental, requerem cuidados mais ou menos acrescidos” (GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007, p. 129).

²² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 186-187.

Demonstrando que a compreensão dessa questão depende do ordenamento jurídico de cada país, o autor luzitano refere 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”.

Sarlet e Fensterseifer²³ não admitem que o direito ambiental seja apreciado exclusivamente a partir da perspectiva objetiva, compreendendo-o sob a dupla perspectiva (objetiva e subjetiva). Não obstante, Sarlet reitera a importância da perspectiva objetiva como “terreno fértil” para desenvolvimentos, enfatizando que:

Este processo de valorização dos direitos fundamentais “na condição de normas de direito objetivo enquadra-se, de outra banda, naquilo que foi denominado de uma autêntica mutação dos direitos fundamentais (*Grundrechtswandel*) provocada não só – mas principalmente – pela transição do modelo Liberal para o do Estado Social e Democrático de Direito, como também pela conscientização da insuficiência de uma concepção dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa para a garantia de uma liberdade efetiva para todos, e não apenas daqueles que garantiram para si sua independência social e o domínio de seu espaço de vida pessoal²⁴.

O presente artigo explora a fertilidade da perspectiva objetiva dos direitos e deveres fundamentais. Em que pese o aprofundamento acerca dessa querela fuja dos limites do presente trabalho, partilha-se do entendimento de Amado Gomes e, ampliando-o, entende-se que os direitos com objeto difuso devem ser pensados sob a perspectiva objetiva e não são passíveis de subjetivação. Trata-se de “direitos assubjetivos” ou “Direito objetivo não-subjetivado”, conforme as expressões de

²³ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 130.

²⁴ 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. 151.

Pontes de Miranda.²⁵

Em clara alusão aos interesses transindividuais, Pontes de Miranda²⁶ afirma que há casos em que, “sem terem os particulares direitos subjetivos, a relevância do interêsse geral sugeriu que a esses se atribuisse ação dita popular (*actio popularis*)”. Conclui o autor, na sequência do seu raciocínio: “destarte, há interesses protegidos, sem que se chegue, tecnicamente, à subjetivação”. (“destaque do original”).

Na linha de não subjetivação dos direitos coletivos, Clóvis do Couto e Silva refere que “há um problema semelhante em matéria de tutela de interesses coletivos. Estes interesses não podem ser qualificados como direitos subjetivos”.²⁷

Nessa trilha, Tesheiner²⁸ afirma que “pelo menos quanto aos direitos difusos, é fácil ver-se que não se trata de direitos subjetivos”.

Tratando da correlação entre Direito e dever, Pontes de Miranda²⁹ diz que “o dever de atender à regra jurídica não é correlativo dos direitos que a regra jurídica cria ou transforma”, ou seja, que o Direito objetivo pode optar por não criar direitos subjetivos, destacando que “o direito objetivo pode ser perfeito sem existir tal garantia”³⁰ (direito subjetivo).

Ajuda a compreender a matéria o exemplo dado por Pon-

²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 12.

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 5, p. 228.

²⁷ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. FRADERA, Vera Jacob. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 217-235, em especial, p. 222. Esse artigo foi publicado originalmente na Revista dos Tribunais, ano 80, v. 667, mai-1991.

²⁸ TESHEINER, José Maria Rosa. Jurisdição e direito objetivo. *Justiça do Trabalho*. n. 325, p. 31, jan. 2011.

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 12.

³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 9.

tes de Miranda:

A regra que manda abrir a tantas horas os jardins públicos e fechá-los a certo momento da noite, ou conservá-los sempre abertos para que todos êles passem, possam sentar-se, descansar, é direito não-subjetivo. Os passantes, os frequentadores e os que dêles se servem para ler, trabalhar, como as mulheres que aproveitam a sombra das árvores para coser ou vigiar crianças, não têm direito subjetivo a isso, porque nem todos os direitos e posições jurídicas *que se gozam* são direitos subjetivos.³¹ (“destaque do original”).

Frise-se o ponto: “nem todos os direitos e posições jurídicas *que se gozam* são direitos subjetivos” e isso não significa que não sejam passíveis de realização. Note-se que Pontes de Miranda grifou em itálico a expressão “que se gozam”, evidenciando a possibilidade de fruição de certos direitos sem haver direito subjetivo. Esse exemplo de utilização dos parques públicos é tipicamente um interesse/direito difuso (ainda que o autor não tenha mencionado isso, pois não lhe interessava essa abordagem).

De fato, o direito subjetivo não é a única forma de gozar os direitos, nem a única posição jurídica subjetiva, ainda que seja hegemônica na nossa tradição jurídica. Analisando essa matéria, Hohfeld³² aponta quatro significados básicos para as expressões “direito” e “dever”, a partir da constatação de que um dos maiores obstáculos para a compreensão clara dos problemas jurídicos surge com frequência da suposição expressa ou tácita de que todas as relações jurídicas podem ser reduzidas a “direitos” (subjetivos) e “deveres”.

Essa constatação de Hohfeld é a principal causa dos obstáculos para a adequada compreensão dos direitos com objeto difuso.

³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado da ação rescisória*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957, p. 6.

³² HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. Yale: Yale Law Journal Company, 1913, p. 30.

Para Hohfeld³³, dependendo do contexto, a expressão “direito” pode assumir quatro significados básicos: *rights* (direitos em sentido subjetivo), *liberty-rights* (privilégios), *powers* (poderes) e *immunities* (imunidades). Esses “direitos” mantêm duas relações lógicas de correlação e de oposição com outros quatro conceitos: *duty* (dever), *no-rights* (não direitos), *liability* (sujeição) e *disability* (incompetência). Estariam em correlação os conceitos: direito/dever; privilégio/não direito; poder/sujeição; imunidade/incompetência. E, em relação de oposição (negação): direito/não direito; privilégio/dever; poder/incompetência; imunidade/sujeição.

Desse trabalho analítico decorrem as seguintes considerações de Hohfeld³⁴: a) ter direito-pretensão frente a alguém significa estar em posição de exigir algo de alguém; b) ter um privilégio frente a alguém significa não estar sujeito a qualquer pretensão sua; c) ter um poder frente a alguém significa a capacidade jurídica (competência) de modificar a situação jurídica desse alguém; d) ter uma imunidade frente a alguém significa que esse alguém não tem o poder normativo de alterar-lhe a situação jurídica, pois é incompetente normativamente para isso.

A hegemonia dos direitos (subjetivos) e dos deveres que Hohfeld critica e para as quais aponta sugestões, demonstrando, acima de tudo, a inadequação do “reducionismo” a essas duas posições jurídicas, tem outro desdobramento importante: a primazia quase absoluta dos direitos subjetivos em detrimento dos deveres.

Essa “hipertrofia dos direitos” encontra razão de ser, por um lado, na configuração do modelo de Estado Constitucional e do que se poderia designar de uma ‘herança liberal’, no senti-

³³ HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. Yale: Yale Law Journal Company, 1913, p. 30-59.

³⁴ HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. Yale: Yale Law Journal Company, 1913, p. 30-59.

do de compreender a posição do indivíduo em face do Estado como a de titular de prerrogativas de não intervenção na sua esfera pessoal. E, por outro lado, guarda conexão com a noção de um cidadão pouco (ou quase nada) comprometido com a sua comunidade e seus semelhantes, que, na perspectiva do Estado Constitucional, acabou desafiando uma mudança.³⁵

Conforme Casalta Nabais³⁶, o tema dos deveres fundamentais é reconhecidamente um dos mais “esquecidos” pela doutrina constitucional contemporânea, não dispondo de um regime constitucional equivalente (ou mesmo aproximado) àquele destinado aos direitos fundamentais. No âmbito da doutrina constitucional contemporânea, Sarlet³⁷ assevera que os deveres fundamentais não tiveram destino diferente, sendo praticamente inexistente o seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

Aliás, o tema dos deveres fundamentais possui íntima relação com a participação ativa dos cidadãos na vida pública e implica um “empenho solidário de todos na transformação das estruturas sociais”, conforme adverte Vieira de Andrade.³⁸ Nessa linha, Amado Gomes³⁹ afirma que a figura do dever fundamental “assenta na lógica da solidariedade responsável inerente ao Estado Social”.

Abordando essa temática no cenário constitucional brasileiro, especialmente naquilo que está delineado para a tutela

³⁵ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 16 e 59.

³⁶ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 15.

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. 226.

³⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 155.

³⁹ GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007, p. 105.

ecológica, Sarlet e Fensterseifer⁴⁰ esclarecem que “encontra forte justificação no (e guarda íntima relação com o) princípio (e dever) constitucional de solidariedade, sem prejuízo das possibilidades no campo da assim designada eficácia do direito (mais propriamente, do complexo de direitos e deveres) fundamental à proteção e promoção do ambiente nas relações entre particulares”.

Acrescenta Casalta Nabais⁴¹ que as limitações aos direitos fundamentais não se encontram unicamente fundamentadas na ordem subjetiva das liberdades ou dos direitos dos outros particulares, mas também por razões de ordem objetiva, representadas pelas justas exigências da moral, da ordem pública e do bem numa sociedade democrática.

A despeito disso, exige-se um mínimo de responsabilidade social no exercício da liberdade individual e implica, segundo Sarlet, “a existência de deveres jurídicos (e não apenas morais) de respeito pelos valores constitucionais e pelos direitos fundamentais, inclusive na esfera das relações entre privados, justificando, inclusive, limitações ao exercício dos direitos fundamentais”.

Nesse cenário de inter-relação entre direitos e deveres fundamentais notadamente por meio da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, encontram explicação os direitos com objeto difuso. Foi o reconhecimento dos direitos sociais e ecológicos que, já no âmbito do Estado Constitucional, acabou levando a um fortalecimento da noção de deveres fundamentais.⁴²

Procurando um caminho adequado para a fundamentação

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 130.

⁴¹ NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 30-31.

⁴² NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998, p. 49-50.

do que denomina “fenômeno jurídico de interesse transindividual”, Nery⁴³ diz que pensar o direito valendo-se, tão somente, das relações intersubjetivas é compreender parcialmente o sistema jurídico, posto que algumas realidades, entre elas as de interesses transindividuais, não são por elas suficientemente explicadas. Sustenta a autora⁴⁴ que a terminologia relações jurídicas nem sempre é a mais adequada, sobretudo, quando se trata de casos com conteúdo mais abrangente que o de relações intersubjetivas, como nos direitos ou interesses transindividuais. Para esses casos que não se encaixam na estrutura limitada das relações subjetivas, a autora entende mais adequado partir da perspectiva das situações jurídicas, seguindo a doutrina de Roubier.⁴⁵

Nesse contexto, tendo em vista a grande dificuldade con-

⁴³ NERY, Ana Luíza Barreto de Andrade Fernandes. O fenômeno jurídico de interesse transindividual. *Revista de Direito Privado*. v. 36, p. 33-49, em especial p. 36, out. 2008.

⁴⁴ NERY, Ana Luíza Barreto de Andrade Fernandes. O fenômeno jurídico de interesse transindividual. *Revista de Direito Privado*. v. 36, p. 33-49, em especial p. 36, out. 2008; A autora segue o entendimento de Rosa Maria de Andrade Nery, que também usa a expressão “situações jurídicas”, argumentando que “quando a doutrina trata das ações do sujeito em sociedade costuma elaborar a estrutura do raciocínio jurídico em torno da realidade de que o Direito é uma ciência relacional, de sujeitos com outros sujeitos, a partir de cujas *relações jurídicas* o Direito se realiza. Supõe que todo ato, ou ação, seja *imediatamente* relacional com outro sujeito, o que na verdade, não necessariamente ocorre num primeiro momento. Por isso que se diz, com acerto, que a peça fundamental do Direito realizado é *situação* jurídica e não a relação jurídica” (“destaque do original”), conforme NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 123.

⁴⁵ Duguit e Roubier enxergaram a necessidade de ver algo diferente do direito subjetivo. Duguit é conhecido por negar a existência do direito subjetivo, que ele considera uma ficção, assim como a pessoa jurídica. Destaca que a existência de direito subjetivo somente se coloca em face de um ato voluntário violador da lei. E, como nem sempre a vontade está presente, a possibilidade de pôr em movimento uma via de direito não é sinal certo da existência de direito subjetivo, conforme TESHEINER, José Maria Rosa. Doutrina de Duguit a respeito do direito subjetivo. *Páginas de Direito*. Porto Alegre, 15 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tx/listagem-de-artigos/267-artigos-mai-2002/4705-doutrina-de-duguit-a-respeito-do-direito-subjetivo>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

ceitual do “fenômeno de interesse transindividual” decorrente da absoluta impossibilidade de identificação do sujeito de direito que é o titular do interesse protegido e que, no caso dos interesses difusos, esses não partem de uma relação jurídica base (como ocorre nos direitos ou interesses coletivos *stricto sensu*), mas exsurgem de situações de fato, de largo espectro social, sustenta Nery⁴⁶ que o sistema da técnica do direito realizado a partir de situações jurídicas objetivas viabiliza uma compreensão significativamente mais adequada do sistema de interesses difusos.

De fato, os direitos com objeto transindividual exigem o redimensionamento de conceitos jurídicos fundamentais que operam no âmbito dos direitos individuais, por isso se expôs a tentativa de explicar o fenômeno proposta por Nery.

Todavia, pensar os direitos com objeto difuso sob a perspectiva “situacional”, em vez de “relacional”, não é o melhor caminho para a solução dessa problemática. Seguindo Pontes de Miranda⁴⁷, não se abre mão da noção de relação jurídica na compreensão do Direito.

Nesse passo de propor noções jurídicas mais adequadas aos direitos com objeto difuso, entende-se mais adequado trabalhar com eles na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e com a aplicação do Direito objetivo.

5. APLICAÇÃO DO DIREITO OBJETIVO

Para explicar a tutela jurisdicional dos chamados direitos difusos, como a do meio ambiente, por exemplo, não se precisa

⁴⁶ Nesse sentido, NERY, Ana Luíza Barreto de Andrade Fernandes. O fenômeno jurídico de interesse transindividual. *Revista de Direito Privado*. v. 36, p. 33-49, em especial p. 33, out. 2008.

⁴⁷ “Relação jurídica é a relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica. [...] O direito só se interessa pelo inter-humano; por isso, regra relações, cria-as, modifica-as, extingue-as” PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. 1, p. 117 e 133.

lançar mão da noção de direitos subjetivos – noção que, nesse particular, apenas turva a clareza do pensamento –, podendo-se chegar à concretização pela aplicação do Direito objetivo.

Nesse sentido Tesheiner⁴⁸ afirma que “nas ações relativas aos chamados ‘direitos difusos’, o juiz aplica, e às vezes também cria Direito objetivo”. O autor justifica arguindo que há extensões do Direito objetivo que não geram direitos subjetivos, como no caso dos interesses difusos, e exemplifica: “não se precisa da idéia de ‘direito ao ar puro’, para explicar a proibição de poluir”.

Destacando a importância da realização do Direito objetivo, Pontes de Miranda⁴⁹ reafirma que “a finalidade preponderante, hoje, do processo é a realizar o Direito, o direito objetivo, e não só, menos ainda precipuamente, os direitos subjetivos”. E o processo, segundo Pontes de Miranda⁵⁰, manifestará sua importância, justamente quando não houver a realização espontânea (automática) do Direito objetivo: “o processo não é mais do que o corretivo da imperfeita realização automática do direito objetivo”.

Há criação ou aplicação do Direito objetivo – inexistindo direito subjetivo nesses casos –, quando o Judiciário, por exemplo: a) determina a um Município (Tubarão - SC) a elabo-

⁴⁸ TESHEINER, José Maria Rosa. Revista eletrônica sobre os chamados ‘direitos difusos’. *Processos Coletivos*. Porto Alegre, v. 3, n. 4, out.-dez. 2012. Disponível em:

<http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/component/jcomments/feed/com_content/724>. Acesso em: 24 out. 2012.

⁴⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 1, p. 77. A importância da concretização do ordenamento jurídico objetivo também é destacada por Molinaro e Milhoranza: “Jurisdição, no seu núcleo duro, é o poder do Estado de dizer o direito, o direito, o direito que é, ademais de concretizar o ordenamento jurídico objetivo” (MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. *Processo e direitos fundamentais – brevíssimos apontamentos*. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 79, p. 127-145, em especial p. 139, jul.-set. 2012).

⁵⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, t. 1, p. 78.

ração, no prazo de um ano, de projeto executivo de sistema de esgoto sanitário e a implementação, em dois anos, de rede de esgotos que sirva a 50% da população, devendo chegar à cobertura total no prazo de cinco anos; b) determina que empresas de ônibus regularizem o serviço de quatro linhas de ônibus (no Rio de Janeiro); c) determina que hospital restabeleça atendimento (em Duque de Caxias – RJ); d) obriga fabricante (Unilever) a informar, nas embalagens dos produtos são que comercializados, dados essenciais, como prazo de validade e medidas a serem adotadas no caso de ingestão indevida, de forma que possibilite a fácil leitura e compreensão pelo consumidor; e) impede a cobrança de ponto de extra de TV por assinatura; f) mantém proibição de extração de areia nas margens do Rio Paraná.⁵¹

Tratando dos processos de controle concentrado de constitucionalidade, Zavascki⁵² averba que, nesses casos, há aplicação de Direito objetivo: “faz-se atuar a jurisdição com o objetivo de tutelar não direitos subjetivos, mas sim a própria ordem constitucional, o que se dá mediante solução de controvérsias a respeito da legitimidade da *norma jurídica abstratamente considerada*, independentemente da sua incidência em específicos suportes fáticos. Aqui, portanto, o processo é objetivo. Nele não figuram *partes*, no sentido estritamente processual, mas entes legitimados a atuar institucionalmente, sem outro interesse que não o da preservação do sistema de direito”. (“destaque

⁵¹ Todos esses casos foram retirados de <<http://www.processoscoletivos.net/ponto-e-contraponto>>. Acesso em: 30 out. 2012.

⁵² ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 241-242. Nesse sentido, Botelho diz que “com a expansão da jurisdição constitucional *potencializa-se a função primordial da jurisdição (comum) de tutela da ordem jurídica objetiva*. Tutela-se o direito objetivo, mediante efeitos expansivos de forma a acompanhar essa sociedade instantânea, globalizada e de relações de massa” (“destaque do original”), conforme BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 45.

do original”).

A partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e da aplicação do Direito objetivo, saber quem são os sujeitos dos direitos com objeto difuso pouco importa. Os “titulares indeterminados de direitos difusos” sequer precisam existir em alguns casos (como no de gerações futuras), para justificar a ação coletiva proposta pelos legitimados com vistas à concretização do Direito objetivo, conforme esclarece Tesheiner.⁵³

Igualmente a partir da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais deve ser visto o exercício da jurisdição dos direitos com objeto difuso. Os legitimados possuem o poder jurídico – imposto pelo Direito objetivo – de buscar o cumprimento dos direitos com objeto difuso nos moldes e nos limites outorgados pelo próprio Direito objetivo.

Discute-se, na doutrina especializada, se o Ministério Público, que é um dos legitimados para propor as ações coletivas, tem faculdade ou obrigatoriedade de ajuizar as ações coletivas de cuja lesão ou ameaça de lesão tiver ciência.

Na ação penal pública, por exemplo, o Ministério Público não tutela direito subjetivo, mas busca a aplicação do Direito objetivo.⁵⁴ Nesse sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira⁵⁵ averba que, “no processo penal condenatório, o autor da ação (como regra, o Ministério Público) não exerce *direito* em face do Es-

⁵³ TESHEINER, José Maria Rosa. O Ministério Público não é nunca substituto processual (uma lição heterodoxa). *Páginas de Direito*. Porto Alegre, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/353-artigos-abr-2012/8468-o-ministerio-publico-nao-e-nunca-um-substituto-processual-uma-licao-heterodoxa>>. Acesso em: 14 nov. 2012. TESHEINER, José Maria Rosa. *Jurisdição e Direito Objetivo*. *Justiça do Trabalho*. Porto Alegre: HS Editora, n. 325, p. 31.

⁵⁴ De acordo com Mazzilli, as funções do Ministério público resumem-se em promover a aplicação e a execução da ordem jurídica (Direito objetivo): “a) no zelo de interesses sociais ou individuais indisponíveis; b) no zelo de interesses transindividuais, de suficiente expressão ou abrangência social” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 117). Nos direitos com objeto difuso, têm-se ambas as hipóteses.

⁵⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 357.

tado, mas tão somente o *dever* que resulta do fato, previsto em lei, de ser ele o legitimado para a persecução penal”. (“destaque do original”)

Tratando do assunto, Ronaldo Lima dos Santos⁵⁶ acrescenta que “o Ministério Público ao agir, o faz sempre no cumprimento de um dever, de uma missão constitucional, na tutela do interesse alheio (da sociedade, de coletividade, de incapazes, etc.) que lhe foi confiado, deles jamais podendo dispor, ainda que sejam materialmente disponíveis por seus titulares”.

Em artigo específico sobre o tema, Mazzilli⁵⁷ defende que há diferença na atuação do Ministério Público de acordo com a área (penal ou civil), sustentando que, nas ações envolvendo processo civil, o Ministério Público não é obrigado a propor a ação civil pública, diferentemente do que ocorre com a ação penal pública, pelas seguintes razões:

Primeiro porque, ao contrário do que ocorre na ação penal pública, na esfera civil, o Ministério Público não é legitimado exclusivo para a ação civil pública (na ação civil pública ou coletiva, a legitimação ativa é concorrente e disjuntiva). Assim, havendo diversos co-legitimados para a ação civil pública ou coletiva, se o Ministério Público não age ou não

⁵⁶ SANTOS, Ronaldo Lima dos. Notas sobre a impossibilidade de depoimento pessoal de membro do Ministério Público nas ações coletivas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 58, p. 291-310, em especial, p. 302, jan.-jun. 2011.

⁵⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. O princípio da obrigatoriedade e o Ministério Público. São Paulo: *Complexo Jurídico Damásio de Jesus*. São Paulo, jun. 2007. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em: 01 nov. 2012. De acordo com Hugo Nigro Mazzilli, “o que tem iluminado a atuação do Ministério Público, de forma predominante, é a indisponibilidade do interesse; fora daí, estamos no campo da *conveniência* da atuação ministerial em favor dos interesses da comunidade como um todo [...]. Ou seja, se num processo judicial estiver em jogo interesse indisponível, deverá haver a intervenção ministerial – quer se trate de interesse individual indisponível ou social indisponível; por isso se diz que a indisponibilidade é nota marcante ou predominante da atuação do Ministério Público [...]. Mas também legitima a iniciativa ou intervenção do Ministério Público a presença de interesses que, embora não indisponíveis, tenham suficiente abrangência ou larga expressão social” (MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 115).

recorre, outros co-legitimados podem agir ou recorrer. Em segundo lugar, a própria Lei da Ação Civil Pública admite que possa haver desistências fundadas da ação civil pública (art. 5º, § 3º, da Lei n. 7.347/85, a contrario sensu). Em suma, o princípio da indesistibilidade da ação pública não recebe o mesmo tratamento no processo penal e no processo civil.

O Ministério Público tem por função institucional, entre outras, a defesa dos interesses sociais, a teor do mesmo art. 127, *caput*, da Carta Federal, dentre as quais se insere a proteção, através de ação coletiva, dos direitos com objeto difuso (art. 129, III, da Constituição Federal).

É de fundamental importância a noção de função no âmbito do Direito, surgindo, primeiramente, no âmbito do denominado direito público, acompanhando os desdobramentos da ideia de democracia e da necessidade de controle do poder, como explica Facchini.⁵⁸

A ideia de função está presente no Direito, no plano da compreensão global, quando se pensa em que o conjunto de regras positivas deve ter um tipo de finalidade e buscar alcançar certos objetivos.⁵⁹

Neste sentido, fala-se em função promocional do Direito. Esta nova função, não se limita a proteger e repreender, mas visa a promover, utilizando a “técnica do encorajamento”, buscando tornar particularmente atrativos os atos obrigatórios. Conforme, Bobbio⁶⁰ ao ordenamento promocional interessam, sobretudo, “os comportamentos socialmente desejados, onde o seu objetivo é o de provocar o cumprimento do ordenamento”.

De fato, “hoje mais do que nunca o Direito possui uma

⁵⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, n. 105, p. 153-187, em especial, p. 157, mar.2007.

⁵⁹ SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 134.

⁶⁰ BOBBIO, Norberto. Sulla funzione promozionale del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, p.1313-1435, em especial p. 1324, set.1969.

função diretiva da mudança social. E esta função pode ser desempenhada por todos aqueles que pensam ser sempre possível a melhoria das relações sociais”, destaca Facchini⁶¹. (“destaque do original”). Nesse cenário, os legitimados das ações coletivas exercem função social.

Ao supor-se que um determinado instituto jurídico esteja funcionalizado, atribui-se a ele uma determinada finalidade a ser cumprida, restando estabelecido pela ordem jurídica que há uma relação de dependência entre o reconhecimento jurídico do instituto e o cumprimento da função⁶².

Esse mecanismo de atuação se dá com todos os legitimados das ações coletivas (não apenas o Ministério Público) nos direitos com objeto difuso, da seguinte forma: o Direito objetivo outorga aos legitimados o poder de promover ações coletivas e, ao mesmo tempo, atribui a essa função pública uma determinada finalidade, qual seja, o cumprimento dos direitos com objeto difuso. Essa faculdade outorgada aos legitimados está umbilicalmente ligada ao cumprimento do fim por conta do qual foi criada pelo Direito objetivo.

O poder dos legitimados – nas ações relativas a direitos com objeto difuso – segue a linha sustentada por Marinoni⁶³, segundo a qual o processo deve se estruturar de maneira tecnicamente capaz de permitir a prestação das formas de tutela prometidas pelo direito material.

No sentido ora proposto, Tesheiner⁶⁴ sustenta que, nas

⁶¹ FACCHINI NETO, Eugênio. O Judiciário no mundo contemporâneo. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, n. 108, p. 139-165, em especial, p. 153, dez.2007.

⁶² SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 134.

⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela de direitos. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 197-252, em especial, p. 209-215.

⁶⁴ TESHEINER, José Maria Rosa. O Ministério Público não é nunca substituto

ações envolvendo os chamados direitos com objeto difuso, os legitimados exercem função pública: “nas ações relativas a interesses difusos, o Ministério Público, assim como os demais legitimados, não é substituto processual. A hipótese é de legitimação autônoma e de exercício de função pública”.

Nesse quadro, na tutela jurisdicional de direitos com objeto difuso, é irrelevante a vontade dos titulares dos respectivos direitos e até mesmo a existência de titulares, pouco importando se os destinatários querem ou mesmo aceitam a tutela jurisdicional. E os legitimados para exercerem a tutela jurisdicional dos direitos com objeto difuso têm o poder jurídico de agir, derivado do Direito objetivo, sempre que lesionados ou ameaçados de lesão tais direitos.⁶⁵

Retratando a “legitimidade ontem e hoje”, Cabral⁶⁶ defende a “despolarização do processo”, tendo em vista que “o direito moderno apresenta situações que não conseguem ser transpostas ao modelo tradicional da legitimidade, um modelo tipicamente privatista do autor-credor contra o réu-devedor, com base num direito subjetivo e em interesses materiais privados contrapostos”.

Assim, nos processos envolvendo direitos individuais, a legitimação para a causa se dá por meio da verificação de quem detém o direito subjetivo (titularidade do direito subjetivo); e, nos processos coletivos, a legitimação para a causa se dá *ope legis*, por força do Direito objetivo⁶⁷.

processual (uma lição heterodoxa). *Páginas de Direito*. Porto Alegre, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/353-artigos-abr-2012/8468-o-ministerio-publico-nao-e-nunca-um-substituto-processual-uma-licao-heterodoxa>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

⁶⁵ Certo é que “no espaço público não reinam a livre iniciativa e a autonomia da vontade, estrelas do regime jurídico de direito privado”, conforme BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 70.

⁶⁶ CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre pólos da demanda. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 404, p. 3-41, em especial, p.8, jul.ago. 2009.

⁶⁷ De acordo com Tesheiner “pensada a tutela jurisdicional dos interesses difusos

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A melhor denominação para o fenômeno dos “chamados direitos difusos” é “direito com objeto difuso”, pois não é o direito que é difuso, mas é o seu objeto que pode ser difuso, entre outras classificações.

Os direitos e os deveres com objeto difuso devem ser estudados a partir da Constituição e dos direitos e dos deveres fundamentais, e, vinculam-se à perspectiva ou à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que os considera não apenas sob o ponto de vista da pessoa individual e sua posição perante o Estado, mas também valoriza e reforça o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade, quando se tratar de valores e fins que transcendem a esfera do indivíduo tanto em direitos como em deveres.

Para explicar a tutela jurisdicional dos direitos com objeto difuso não se precisa lançar mão da noção de direitos subjetivos, chegando-se à concretização pela aplicação e, por vezes, criação de Direito objetivo. Pensar a problemática dos direitos difusos a partir da aplicação do Direito objetivo é uma forma de superar o individualismo que marca a cultura jurídica desde o direito romano e atrapalha a compreensão desse significativo fenômeno. Essa forma de pensar a problemática não desconsidera que as pessoas são o fim último do Direito, pelo contrário, apresenta um método que prescinde da noção de direito subjetivo, a fim de dar mais efetividade a essa classe de direitos de tamanha repercussão para a sociedade.

como aplicação – eventualmente criação – do Direito objetivo, resta afastada, como corolário, a idéia de substituição processual”. TESHEINER, José Maria Rosa. Revista eletrônica sobre os chamados “direitos difusos”. *Processos Coletivos*. Porto Alegre, v. 3, n. 4, out.-dez. 2012. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/component/jcomments/feed/com_content/724>. Acesso em: 24 out. 2012.



7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOBBIO, Norberto. Sulla funzione promozionale del diritto. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, p.1313-1435, set.1969.
- BOTELHO, Guilherme. *Direito ao processo qualificado: o processo civil na perspectiva do estado constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- CABRAL, Antônio do Passo. Despolarização do processo e zonas de interesse: sobre a migração entre pólos da demanda. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 404, p. 3-41, jul.ago. 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.
- _____. O direito ao ambiente como direito subjectivo. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado. In: *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. FRADEIRA, Vera Jacob. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

- gado, 1997.
- FACCHINI NETO, Eugênio. A função social do direito privado. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, n. 105, p. 153-187, mar.2007.
- _____. O Judiciário no mundo contemporâneo. *Revista da Ajuris*. Porto Alegre: Ajuris, n. 108, p. 139-165, dez.2007.
- GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2007.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. *Some fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. Yale: Yale Law Journal Company, 1913.
- LEDUR, José Felipe. *Direitos fundamentais sociais. Efectivação no âmbito da democracia participativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela de direitos. In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo. (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. *Teoria geral do processo*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. O princípio da obrigatoriedade e o Ministério Público. São Paulo: *Complexo Jurídico Damásio de Jesus*. São Paulo, jun. 2007. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em: 01 nov. 2012.
- _____. *Introdução ao Ministério Público*. 5.ed. São Paulo:

- Saraiva, 2005.
- MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. 6.ed. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Processo e direitos fundamentais – brevíssimos apontamentos. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: Fórum, n. 79, p. 127-145, jul.-set. 2012.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Os temas fundamentais do direito brasileiro nos anos 80: direito processual civil. *Temas de direito processual*. 4. série. São Paulo: Saraiva, 1989.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.
- NERY, Ana Luíza Barreto de Andrade Fernandes. O fenômeno jurídico de interesse transindividual. *Revista de Direito Privado*. v. 36, p. 33-49, out. 2008.
- NERY, Rosa Maria de Andrade. *Noções preliminares de direito civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 357.
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: Trotta, 2007.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 1.
- _____. *Tratado da ação rescisória*. 3.ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.
- _____. *Tratado de direito privado*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, t. 1.
- _____. *Tratado de direito privado*. 3.ed. Rio de Janeiro:

- Borsoi, 1970, t. 2.
- _____. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, t. 5.
- SANTOS, Ronaldo Lima dos. Notas sobre a impossibilidade de depoimento pessoal de membro do Ministério Público nas ações coletivas. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 58, p. 291-310, jan.-jun. 2011.
- 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.
- _____. Direitos fundamentais e processo: o direito à proteção e promoção da saúde entre tutela individual e transindividual. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 199, p. 13-39, set. 2011.
- _____. FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, Luis Renato Ferreira da. A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social. In: *O novo Código Civil e a Constituição*. SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- TESHEINER, José Maria Rosa. Doutrina de Duguit a respeito do direito subjetivo. *Páginas de Direito*. Porto Alegre, 15 mai. 2002. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/267-artigos-mai-2002/4705-doutrina-de-duguit-a-respeito-do-direito-subjetivo>>. Acesso em: 14 nov. 2012.
- _____. Jurisdição e direito objetivo. *Justiça do Trabalho*. n. 325, p. 28-36, jan. 2011.
- _____. O Ministério Público não é nunca substituto proces-

sual (uma lição heterodoxa). *Páginas de Direito*. Porto Alegre, 26 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/tex/listagem-de-artigos/353-artigos-abr-2012/8468-o-ministerio-publico-nao-e-nunca-um-substituto-processual-uma-licao-heterodoxa>>. Acesso em: 14 nov. 2012.

_____. Revista eletrônica sobre os chamados "direitos difusos?". *Processos Coletivos*. Porto Alegre, v. 3, n. 4, out.-dez. 2012. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/~pcoletiv/component/jcomments/feed/com_content/724>. Acesso em: 24 out. 2012.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.