

**Percurso – ANAIS DO V CONGRESSO
LUSO-BRASILEIRO DE
DIREITOS HUMANOS NA
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO**

vol.03, n°.26, Curitiba, 2018. pp. 175-203

DOI: 10.6084/m9.figshare.7430231

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

OS DIREITOS METAINDIVIDUAIS NO DIREITO CIVIL: O INDIVIDUAL QUE SE TRANSFORMA EM PÚBLICO

THE METAINDIVIDUAL RIGHTS IN CIVIL LAW: THE INDIVIDUAL THAT TURNS IN THE PUBLIC

LUANA PEDROSA DE FIGUEIREDO CRUZ

Doutora e Mestre em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Nove de Julho. Membro do IBDP, CEAPRO E ILA BRASIL. Advogada. E-mail: luanapedrosa@uol.com.br

LEONARDO RAPHAEL CARVALHO DE MATOS

Doutorando em Educação e Mestre em Direito pela Universidade Nove de Julho. Professor da Graduação em Direito da Universidade Nove de Julho. Especialista em Direito Processual Civil pela FADISP. Advogado. E-mail: leonardomatos.adv@hotmail.com

RESUMO

A presente pesquisa problematiza a natureza jurídica dos direitos metaindividuais e sua eventual relação com o Direito Civil. Objetiva-se analisar a influência da tutela dos direitos humanos e dos princípios constitucionais que recaem sobre a temática dos direitos metaindividuais. Para tanto, serão abordados casos em que o Poder Judiciário demonstra verter um olhar mais público aos interesses particulares, desde que coletivos. São cotejadas as conclusões extraídas da análise jurisprudencial com a classificação dos direitos fundamentais. Espera-se apresentar um panorama reflexivo

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

e atualizado dos direitos metaindividuais no Direito Civil como direitos individuais cuja tutela jurisdicional é feita por um viés mais publicístico, em face da relevância de sua proteção do ponto de vista coletivo no atual estágio de desenvolvimento da sociedade contemporânea. O método a ser utilizado nesta pesquisa é o hipotético-dedutivo. Para tanto, a pesquisa dá-se em dois momentos: inicialmente, uma análise de literatura jurídica e, posteriormente, uma análise de jurisprudências atinentes à discussão.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos metaindividuais; Direito Civil; Sociedade contemporânea.

ABSTRACT

The present research problematizes the legal nature of the metaindividual rights and their possible relation with the Civil Law. The objective is to analyze the influence of the protection of human rights and the constitutional principles that fall on the subject of metaindividual rights. In order to do so, it will deal with cases in which the Judiciary demonstrates a more public view of particular interests, as long as collective interests. The conclusions drawn from the jurisprudential analysis with the classification of fundamental rights are compared. It is hoped to present a reflective and up-to-date overview of the metaindividual rights in Civil Law as individual rights whose judicial protection is done by a more publicistic bias, given the relevance of its protection from the collective point of view in the current stage of development of contemporary society. The method to be used in this research is hypothetic-deductive. To do so, the research takes place in two moments: initially, an analysis of legal literature and, later, an analysis of jurisprudence related to the discussion.

KEYWORDS: Metaindividual rights; Civil right; Contemporary society.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

INTRODUÇÃO

Os direitos metaindividuais no Direito Civil compreendem uma temática instigante e complexa. Diante do fenômeno da publicização do direito privado, os direitos metaindividuais são abordados, principalmente, sob o ponto de vista constitucional, sendo retirados da zona exclusiva dos interesses particulares, porquanto a violação ao seu conteúdo causa impactos sociais significativos.

A presente pesquisa problematiza a natureza jurídica dos novos direitos, considerados coletivos, difusos e individuais homogêneos, a partir de uma hermenêutica sistemática do ordenamento jurídico. Considera-se a norma jurídica sob o ponto de vista de um composto de determinações normativas de caráter heterônomo e polissêmico.

Objetiva-se, pois, perscrutar a influência da tutela dos direitos humanos e dos princípios constitucionais que recaem sobre a temática dos direitos metaindividuais no Direito Civil. Para tanto, serão abordados casos em que o Poder Judiciário demonstra verter um olhar mais público aos interesses particulares, desde que coletivos. Serão cotejadas as conclusões extraídas da análise jurisprudencial com a classificação dos direitos fundamentais.

Espera-se, pois, apresentar um panorama reflexivo e atualizado dos direitos metaindividuais no Direito Civil como direitos individuais cuja tutela jurisdicional é feita por um viés mais publicístico, em face da relevância de sua proteção do ponto de vista coletivo no atual estágio de desenvolvimento da sociedade contemporânea.

O método a ser utilizado nesta pesquisa é o hipotético-dedutivo. Para tanto, a pesquisa se dará em dois momentos: inicialmente, uma análise de literatura jurídica e, posteriormente, uma análise de jurisprudências atinentes à discussão.

A primeira discussão será em torno do processo de dinamogenesis dos Direitos Humanos, teoria que busca o reconhecimento e compreensão dos direitos, numa linha tempo-espacial de mutação legislativa e hermenêutica, no intuito de

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

contextualizar o surgimento e a importância de se tutelar os direitos humanos, no tocante aos de terceira dimensão, que implicam na proteção integral da dignidade humana e dos princípios constitucionais e a sua imersão no ordenamento jurídico.

Em seguida, trataremos das características básicas destes novos direitos e da sua relação com o Direito Civil nos dias atuais, a partir da “constitucionalização do Direito Civil” ou “publicização do direito privado”.

Por fim, trataremos de alguns julgados que ilustram o diálogo entre o público e o privado, implementando precedentes jurídicos, recepcionando novos direitos, por meio, em muitos casos, de função atípica do poder judiciário, ou “ativismo judicial”.

Vale ressaltar que tal pesquisa não possui o condão de esgotar tamanha problemática, mas de desenvolver um diálogo sobre o tema, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, ao analisarmos a literatura jurídica, e pelo método indutivo, ao apontarmos o entendimento jurisprudencial das cortes brasileiras, num paralelo entre os resultados desejados e os obtidos.

2 O DIÁLOGO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO E O PROCESSO DE DINAMOGENESIS DOS DIREITOS HUMANOS

As relações sociais no Brasil vêm sofrendo um reflexo direto da tendência pós-positivista tratando o direito privado como objeto, também, do direito público. Tudo isso acontece quando compreendemos a existência de interesses coletivos, difusos e metaindividuais a serem tutelados pelo Estado.

Tal conjuntura é considerada consequência de alguns fenômenos a serem também analisados brevemente neste estudo, como: o neoconstitucionalismo, o processo de dinamogenesis dos Direitos Humanos, o Estado socioambiental e a defesa dos direitos de terceira dimensão (SILVEIRA, 2010).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Vale elucidar, inicialmente, o contexto histórico dessa análise do direito privado sob um aspecto público. Muitos doutrinadores agregaram significativa contribuição ao Direito ao tratarem destas questões. Lembremos aqui alguns deles: Hans Kelsen, adepto ao Direito normativo; Miguel Reale, representante do movimento positivista, que analisou o Direito como ciência composta de norma, fato e valor; no mesmo sentido, Ronald Dworkin, pregava que o valor integra a norma por meio dos princípios, surgindo, então, a ciência pós-positivista (BONAVIDES, 2006).

Como demonstrado, a inovação histórica não está propriamente na existência e no reconhecimento dos princípios pela norma jurídica. Os princípios são figuras antigas no ordenamento e à medida que o tempo passa, vêm desempenhando vários papéis. O que há de inovador é o reconhecimento de sua normatividade (BARROSO, 2003).

A valorização dos princípios, de certo, acontece por força da hermenêutica – parte da ciência jurídica que tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos, que devem ser utilizados para que a interpretação se realize; é a teoria científica da interpretação. Entendemos que a tarefa de interpretar a norma vai além.

Devemos, então, conferir a aplicabilidade da norma jurídica às relações sociais que lhe deram origem; estender o sentido da norma a relações novas, inéditas ao tempo de sua criação; temperar o alcance do preceito normativo, para fazê-lo corresponder às necessidades reais e atuais de caráter social. Logo, o ato interpretativo implica em uma duplicidade, onde sujeito e objeto estão colocados um diante do outro (FRANÇA, 2011).

A hermenêutica contém regras bem ordenadas que fixam os critérios e princípios que deverão nortear a interpretação. É a teoria científica da arte de interpretar, mas não esgota o campo da interpretação jurídica, por ser apenas um instrumento para a sua realização. Logo, o intérprete, ao compreender a norma, descobre seu alcance e significado, refaz o caminho da fórmula normativa, ao ato normativo, tendo presentes os fatos e valores dos quais a norma advém, bem como

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

os supervenientes; ele a compreende, a fim de aplicar em sua plenitude o significado nela objetivado.

As normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si. A complexidade deriva do fato de que a necessidade de regras de conduta numa sociedade é tamanha que não há um poder (ou órgão) capaz de satisfazê-la sozinho. Têm-se, então, dois expedientes: a) a recepção de normas já feitas, produzidas por ordenamentos diversos e precedentes; b) a delegação do poder de produzir normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores. A complexidade de um ordenamento jurídico deriva, portanto, da multiplicidade das fontes diretas e indiretas (reconhecidas e delegadas) das quais afluem regras de conduta.

O poder originário é o conjunto das forças políticas que num determinado momento histórico tomaram o domínio e instauraram um novo ordenamento jurídico. Qualquer poder originário repousa um pouco sobre a força e um pouco sobre o consenso. O exercício da força (eficácia) para fazer respeitar as normas é uma característica do ordenamento jurídico. Logo, a norma fundamental é verdadeiramente a base desse ordenamento jurídico (BARROSO, 2003).

Contudo, o Direito possui, sim, lacunas, mas para esse problema o próprio sistema traz a solução. É lacunoso porque a vida em sociedade apresenta vieses infinitos nas condutas humanas, mudam-se as necessidades com os progressos, o que torna impossível a regulamentação, por meio de norma jurídica, de toda sorte de comportamento, mas esse problema se resolve, na maioria das vezes, à medida que o próprio dinamismo do Direito apresenta soluções que servem de base para qualquer decisão. Ou seja, as lacunas do direito são preenchidas com a sua aplicação dinâmica, sistemática.

Dinamicamente considerado o Direito se auto integra. Ele mesmo supre seus espaços vazios por meio do processo de aplicação e criação de normas, de modo que por mais que não seja completo, tem a aptidão de assim se tornar. A constatação da

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

lacuna resulta de um juízo de apreciação, porém, o ponto decisivo não é a concepção que o magistrado tem da norma jurídica, mas o processo metodológico por ele empregado.

Os mecanismos de constatação das lacunas são, concomitantemente, de integração. São correlatos porque o preenchimento pressupõe a constatação. Os meios de preenchimento das lacunas são indicados pela própria lei (art. 4º, LINDB), destacando-se a figura dos princípios, que abandonaram seu caráter meramente complementar da norma, mas passaram a desempenhar um novo papel normativo, coercitivo, pela hermenêutica sistemática moderna.

No momento em que os princípios atuam como moderadores de um Direito mais justo, mais humanista, mais fraterno, mais protecionista aos direitos humanos, é que a ciência jurídica se transforma e o Direito Privado e o Direito Público se comunicam. Logo, as normas privadas passam a ser analisadas por um viés constitucional, assim como as normas públicas passam a se preocupar com o interesse privado.

Nesta conjuntura, o Direito Civil denota um novo aspecto, ou seja, recebe uma proteção constitucional e uma interpretação sistêmica de suas normas, influenciadas diretamente pelos princípios constitucionais, responsáveis pela manutenção da ordem e da segurança jurídica.

Os fenômenos históricos supracitados desencadearam um evoluir jurídico denominado neoconstitucionalismo, que flexibiliza a rigidez normativa, apresentando um diálogo entre as normas de direito público e de direito privado. O neoconstitucionalismo também guarda relação com os direitos difusos, categoria intermediária entre o público e o privado, que busca tutelar os interesses de uma coletividade. Vale lembrar que o direito difuso supera a dicotomia público-privada.

O neoconstitucionalismo ainda sofre influência do direito internacional, ao recepcionar normas de eficácia *erga-omnes* introduzidas por tratados e convenções internacionais, às quais o Brasil resta signatário.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

A dinamogênese explica o processo que fundamenta o nascimento e desenvolvimento de novos direitos no decorrer da história. Tal modelo corresponde à chamada ideologia dinâmica da interpretação jurídica, entendida como atividade de adaptação do direito às necessidades da presente e futuras gerações.

Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano nos demonstram em sua obra, a teoria da dinamogênese como fonte dos direitos humanos. E será com base em sua pesquisa que desencadearmos a seguir uma linha no tempo e no espaço com o condão de demonstrar o reconhecimento desses novos direitos e o processo de imersão na ordem jurídica (SILVEIRA, 2010).

O Estado Nação, caracterizado pelos privilégios a determinadas classes, se torna Estado de Direito, nos séculos XVII e XVIII, onde os direitos civis (direitos de autonomia) e os direitos políticos (direitos de participação) são incorporados à ordem pública, pelo fenômeno da transmigração. Os direitos civis desdobram-se no direito à vida, à integridade pessoal, à segurança pessoal, à liberdade, entre outros. Os direitos políticos representam a possibilidade e o exercício da participação política, ou seja, a possibilidade de o indivíduo votar e ser votado. Logo, temos os direitos negativos e individuais, bem como os direitos humanos de primeira dimensão (direitos de liberdade).

Estes direitos de primeira dimensão, como vistos, concernem à delimitação da esfera de liberdade individual em relação ao poder do Estado, traduzindo as denominadas liberdades públicas negativas ou direitos negativos, na medida em que exigem por parte do poder público um comportamento apenas de salvaguarda, sem qualquer interferência efetiva nessa esfera de domínio particular. Neste Estado Liberal de Direito, o exercício dos direitos políticos introduz, também, a ideia de cidadania.

O Estado de Direito evolui para o Estado Social de Direito, no século XIX, onde os direitos sociais, econômicos e culturais são incorporados à ordem pública, sob égide da Revolução Industrial. Logo, temos os direitos positivos e coletivos, bem como os direitos humanos de segunda dimensão (direitos de igualdade).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Estes direitos de segunda dimensão possuem um caráter eminentemente prestacional, caracterizando-se como direitos de cunho social, econômico e cultural, e exigem uma atuação estatal voltada ao atendimento de condições mínimas de dignidade da vida humana, ou seja, especificar as pretensões do povo.

A Constituição Federal Brasileira de 1934 foi a primeira Constituição a introduzir no Brasil tais direitos na ordem jurídica. O Estado passa a ter um *status* positivo social pela ideia de igualdade (Democracia Social).

Os direitos de segunda dimensão estão presentes nos artigos 23 e seguintes da Declaração Universal dos Direitos Humanos e, atualmente, possuem uma dupla dimensão: a) objetiva – o Estado como garantidor da igualdade; b) subjetiva – a faculdade que os indivíduos possuem de participar dos benefícios da vida social.

O Estado Social de Direito evolui para o Estado Socioambiental ou Estado Constitucional Cooperativista, onde o direito à paz, ao meio ambiente e ao desenvolvimento são incorporados à ordem pública. Logo, temos os direitos difusos, bem como os direitos humanos de terceira dimensão (fraternidade/solidariedade), tutelados regional, estadual e universalmente, caracterizados pela Teoria Democrática.

Nesse contexto, a norma há de ser expressão jurídica dos valores morais e éticos que inspiram o ordenamento jurídico e que se sintetizam no respeito e na garantia da dignidade humana e suas manifestações, como mérito dos direitos humanos. O princípio do respeito pela dignidade da pessoa é a expressão jurídica dos valores representados pelos direitos humanos, manifestos no interesse de proteção dessa dignidade em seu sentido político, social, econômico e cultural.

As mudanças sociais e econômicas produzidas ao longo da história utilizam os princípios jurídicos como vias para o reconhecimento dos novos valores exigidos pela comunidade social. Por intermédio da normatização, os valores passam a ter vida. Saem do plano ideal para o concreto posto que se pode exigí-los, garanti-los e

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

protegê-los. O objeto se protege e garante por intermédio do direito: o objeto se transforma num “dever-ser”.

A funcionalização do Direito passa a ser caracterizada por uma compatibilização geracional, ou seja, por uma nova perspectiva (solidariedade), assegurando direitos às futuras gerações, e não apenas, mera expectativa dos mesmos.

Os direitos de terceira dimensão surgem no contexto do Estado democrático e social de direito, ultrapassando a visão individualista, superando a dicotomia entre o público e o privado, fazendo com que a tutela dos direitos atinja um caráter difuso. Tais circunstâncias deram-se pela contaminação das liberdades e pela revolução tecnológica.

Têm-se, então, como consequências ao surgimento desses novos direitos:

- a) o surgimento dos direitos ecológicos ou direito ao meio ambiente sadio, face à finitude dos recursos naturais;
- b) a reformulação da problemática da tortura, com base nos avanços da medicina;
- c) a reformulação do direito à vida, a partir de uma nova biologia genética, bem como os meios técnicos que permitem a prolongação da mesma de forma artificial.

Os direitos de solidariedade asseguram: i) a reformulação das garantias tradicionais com a pretensão de dar mais efetividade; ii) a universalização progressiva do *ombudsman* como garantia dos direitos humanos; iii) e o surgimento de novas formas não estatais de direitos humanos, como por exemplo, os religiosos.

Então, esta mesma solidariedade tem como enfoque os direitos dos povos, combatendo a acentuação da desigualdade econômica, sociocultural e política, que consiste no paradigma da qualidade de vida, próprio da genuína pós-modernidade, e por centrar na luta contra a alienação dos indivíduos.

Como assevera Samyra Napolini Sanches:

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Assim, os direitos de solidariedade expressam-se como direito à paz, meio ambiente sadio, autodeterminação dos povos e desenvolvimento econômico. Em um mundo globalizado e em um contexto econômico de capitalismo avançado há um número cada vez maior de situações e condutas humanas que exigem do Estado ações de proteção e de prestação. Porém, os direitos de solidariedade, não só relativizam a soberania dos Estados, mas comprometem com a pauta de direitos também o sujeito particular. (SANCHES, 2011, p. 298)

Como características das três primeiras dimensões têm-se, então, a universalidade, a irreversibilidade, a indivisibilidade, a integridade e a interdependência entre elas. Alguns eventos foram primordiais ao fomento da dinamogênese jurídica. Podemos destacar, entre outros, a Organização das Nações Unidas (1945); a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) – aprovada em Paris, contendo 30 artigos representativos dos “direitos dos povos”; a Organização dos Estados Americanos, pela Declaração Americana de direitos e deveres do homem e do Pacto de São José da Costa Rica, o qual o Brasil também é signatário de suas disposições.

Neste contexto, a cidadania que consiste no vínculo jurídico com o Estado, ou “o direito a ter direitos” (ARENDR, 1989) passa a ter uma dimensão tripartida, com o aumento de pessoas, dos direitos e de tutela ou jurisdição (ao passo que se tornam sujeitos de Direito Internacional Público). Isso implica dizer, que no século XX, os direitos humanos passaram a ter uma tutela regional, estadual e universal, marcada pelos eventos da globalização e o surgimento do terceiro setor (Organizações).

Ademais, afirma Samyra Napolini Sanches:

Porém, cada vez mais, firma-se a teoria de que os efeitos dos Direitos Fundamentais não se reduziriam ao Estado, ou seja, não é somente o Estado o destinatário dos Direitos Fundamentais, uma vez que o particular também não pode violá-los, neste caso se estaria falando em eficácia horizontal dos Direitos Fundamentais. Esta teoria, elaborada na segunda metade do século XX, baseia-se na ideia de superação da concepção de direitos fundamentais somente como direitos exigíveis em face do Estado, mas como um sistema de valores válido para todo o ordenamento jurídico. (SANCHES, 2011, p. 299-300)

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Tais citações possuem o condão de demonstrar o mérito dos direitos fundamentais, que nasceram do povo para o povo, num caráter prestacional e de observância obrigatória pelo Estado, bem como pelos particulares.

Nas palavras de Vladmir da Silveira, temos:

Na sociedade atual, chamada sociedade aberta, o direito se desenvolve por intermédio de forças espirituais (...), onde se têm em conta estimações, com caráter jurídico integrador, que brotam de um debate livre dentro da sociedade. Por isso o direito constitucional e o direito internacional se aproximam e se complementam, regulando a convivência em sociedade de forma justa, ao garantir e proteger o que ela considera valioso. Mediante a normatização, os valores deixam o plano ideal (sentimental) e passam ao âmbito do real, porque só assim se poderá exigí-los, garanti-los e, acima de tudo, protegê-los. Com a transformação dos Estados-Nação em Estados Constitucionais Cooperativos, o ente estatal passa a ter normas próprias nas relações internacionais, dentre elas a da cooperação internacional, a da prevalência dos direitos humanos e a do respeito pela autodeterminação dos povos. (SILVEIRA, 2010, p. 88-89)

Observadas as dimensões dos direitos fundamentais, a sua principal consequência é a eficácia irradiante destes direitos, o que significa que os valores inerentes a estes direitos irradiam por todo o ordenamento jurídico. Entende-se, ainda, que as dimensões dos direitos não se esgotam em apenas três dimensões. Estudos recentes apontam outras duas dimensões de direitos.

Os direitos de quarta dimensão teriam como valores preponderantes a responsabilidade e a ética. Nasceram a partir do Estado necessário e ético de direito, caracterizado pela horizontalidade dos direitos humanos. Para Norberto Bobbio (BOBBIO, 1992, p.6), “tratam-se dos direitos relacionados à engenharia genética”.

Tais direitos configuram processos e institutos jurídicos focados na proteção da dignidade da humanidade, que tem como núcleo essencial, a proteção e a garantia da espécie humana considerada na sua coletividade. Vale citar que os direitos de quarta dimensão são frutos das novas necessidades sociais de tutela, haja vista o aparecimento das inovações tecnológicas e dos riscos inerente ao desenvolvimento na pós-modernidade, possuindo formas universal e real.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

A ética, a responsabilidade e a moralidade científica vão além da solidariedade ao caracterizarem a dignidade da pessoa humana.

Para Paulo Bonavides (2006, p. 571-572):

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores. (...) há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (...) A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social. É direito de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. (...) os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia.

Com efeito, Bonavides define como direitos de quarta dimensão o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Quanto aos direitos de quinta dimensão, alguns doutrinadores como o próprio Paulo Bonavides, José Adercio Sampaio Leite e Raquel Honesko, asseveram que a paz seria um desses direitos e que, o cuidado, a compaixão e o amor por todas as formas de vida assegurariam os direitos humanos numa plenitude social, dados os últimos acontecimentos de iminentes guerras e movimentos de caráter terrorista pelo mundo.

A globalização política neoliberal caminha silenciosa, sem nenhuma referência de valores (...). Faz parte da estratégia mesma de formulação do futuro em proveito das hegemonias supranacionais, já esboçadas no presente. Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos humanos (...). Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. (BONAVIDES, 2006, p. 571)

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Logo, o direito à paz é entendido como direito à vida, tornando-se elemento fundamental ao progresso de todo país, seja desenvolvido ou não.

Em síntese, o desenvolvimento histórico marca o reconhecimento de novos valores por parte da sociedade, que os estima como necessários e, nesse sentido, os protege mediante o eficaz instrumento do direito.

A título de fechamento deste capítulo inicial, vale-se utilizar das palavras de Vladmir Oliveira da Silveira:

Como vimos, os direitos e liberdades não foram conquistados pacificamente, mas por intermédio de árdua luta, e se baseiam historicamente no modelo ocidental, euro-atlântico. Este modelo, cumpre lembrar, se expressa como um sistema complexo, interdependente e dinâmico. Com efeito, são atos e fatos históricos, posicionamentos ideológicos, posições filosóficas, textos normativos e instituições que – desde a fundamentação axiológica de tal modelo na Antiguidade Clássica, passando pelos documentos medievais e as primeiras declarações de direitos até os documentos mais recentes – configuraram um corpo jurídico de instituições e normas de caráter declaratório internacional e de direito fundamental constitucional. Frise-se que esse corpo jurídico tem como objetivo dotar de eficácia real a dignidade da pessoa humana, em suas mais amplas manifestações, por intermédio dos direitos humanos. (SILVEIRA, 2010, p. 184-185)

A partir da dinamogênese e da compreensão do surgimento dos novos direitos, veremos, então, a classificação dos direitos metaindividuais, a posição que ocupam no ordenamento jurídico e alguns julgados que visam à sua tutela.

3 OS INTERESSES METAINDIVIDUAIS E O DIREITO CIVIL

Os interesses metaindividuais representam a preocupação da sociedade moderna com a tutela não apenas do indivíduo, mas de uma coletividade até indeterminável de pessoas. Tais direitos encontram-se entre o público e privado, gerando uma dicotomia a ser superada na pós-modernidade, com reflexão às suas fronteiras e a mudança nas relações sociais.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Mancuso esclarece que a “ordem coletiva”, emergente em meados da idade moderna, aparece como o *tertium genus* de todo o processo sociopolítico, porque representa o ponto médio entre o Estado e o indivíduo: menos do que aquele; mais do que este” (MANCUSO, 2014, p.6).

Os direitos coletivos, ou metaindividuais, são, nesse sentido, algo que difere da ideia que se tinha antes, de uma divisão entre o público e o privado, por serem direitos que não se enquadram exclusivamente em uma nem em outra categoria.

Quanto aos interesses metaindividuais ou transindividuais, estes refletem o interesse de uma coletividade, excedendo, portanto, o individual, mas que não refletem, necessariamente, interesses públicos, e que também não devem ser analisados apenas pelo viés do privado, do individual.

Os interesses metaindividuais atingem grupos de pessoas interligadas por um fato ou circunstância numa mesma relação jurídica, como por exemplo, os direitos das crianças e dos adolescentes, os direitos dos idosos, os direitos das populações indígenas, os direitos dos homossexuais, os direitos das mulheres por questões de gênero, entre outros. Uma vez identificado este interesse comum, surge a necessidade de analisá-lo processualmente para que se atinja sua eficácia.

Nesse sentido há legislações especiais que buscam tutelar estes interesses, como o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), entre outro. Na mesma senda é a atuação do Ministério Público, legitimado pela própria Constituição Federal para ingressar com ações coletivas na defesa desses direitos.

Os interesses metaindividuais podem ser divididos entre difusos, coletivos e individuais homogêneos. O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) nos traz os respectivos conceitos:

a) Direitos difusos: são os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato (art. 81, I);

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

b) Direitos coletivos: são os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (art. 81, II);

c) Direitos individuais homogêneos: assim entendidos os decorrentes de origem comum (art. 81, III).

Verifica-se que o critério utilizado para distinção entre os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos é tanto subjetivo quanto objetivo e de origem. É subjetivo porque analisa os titulares dos interesses (pessoas determinadas ou indeterminadas); é objetivo, pois analisa a divisibilidade do interesse (divisível ou indivisível); e de origem, pois analisa a origem do interesse (se de fato ou de negócio jurídico).

O CDC nos apresenta esses critérios de distinção entre os direitos metaindividuais, mas, há na doutrina, outro critério a ser utilizado, a análise do tipo de tutela jurisdicional que se pretende na ação coletiva, como assevera Nelson Nery Júnior:

Interessante notar o engano que vem incorrendo a doutrina, ao pretender classificar o direito segundo a matéria genérica, dizendo, por exemplo, que meio ambiente é direito difuso, consumidor é coletivo, etc. Na verdade, o que determina a classificação de um direito como difuso, coletivo, individual puro ou individual homogêneo é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a competente ação judicial, ou seja, o tipo de pretensão de direito material que se deduz em juízo. (NERY JR., 2010, p. 199)

A partir do entendimento conceitual dos interesses metaindividuais, se faz necessário mencionar que tais direitos estão presentes, também, no Direito Civil, no tocante aos direitos das famílias. Com a recepção das dimensões dos direitos humanos pela Constituição Federal de 1988, com os princípios constitucionais, com a flexibilização da norma jurídica e com o reconhecimento dos direitos metaindividuais, muitos institutos dos direitos das famílias foram readequados, modificados, a fim de se atingir a equidade, a justiça social, a equiparação entre as pessoas.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Podemos citar, aqui, alguns exemplos:

a) Como reflexo da IGUALDADE: a equiparação entre homem e mulher na função familiar, o que motivou o poder familiar (no lugar do pátrio poder), a vênua conjugal (no lugar da outorga uxória), a adoção do sobrenome do cônjuge e a sua permanência mesmo após o divórcio (por reconhecer sobrenome como atributo da personalidade jurídica);

b) Como reflexo da LIBERDADE: o reconhecimento das famílias homoafetivas pelo casamento e união estável (a partir de 2011), o reconhecimento das famílias paralelas - que são as uniões estáveis contraídas por quem é casado (no lugar com concubinato), o reconhecimento das famílias poliafetivas, a Emenda Constitucional 66/2010 que implementou o divórcio direto - excluindo os critérios objetivo (prévia separação judicial e prazo de 2 anos de trânsito em julgado da decisão) e subjetivo (imputação da culpa na dissolução da sociedade conjugal);

c) Como reflexo da SOLIDARIEDADE: a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos (em atenção ao princípio do melhor interesse do menor), a equiparação da união estável ao casamento quanto aos seus efeitos jurídicos, a sucessão do companheiro quando há família paralela, a extensão do prazo de gozo da licença paternidade, entre outros.

O posicionamento judicial a respeito das situações apontadas acima é fruto do reconhecimento dos interesses metaindividuais, ou seja, de questões que surgem do direito privado mas atingem a coletividade, por serem matéria de ordem pública. Este posicionamento é visível nas decisões mais recentes, reflexo do entendimento das cortes brasileiras (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), que abrem precedente para que o entendimento que nasce de forma isolada se torne o entendimento pacífico, da maioria, ensejando a jurisprudência.

Com o ativismo judicial e a jurisprudência podemos ver a tutela desses direitos, a justiça com equidade, a função social do Direito sendo alcançada. E com base nesta discussão analisaremos alguns julgados a seguir.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

4 A PUBLICIZAÇÃO DO PRIVADO E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Inicialmente, cumpre ressaltar que a jurisdição consiste na proteção dada pelo Estado por meio do processo diante de uma crise jurídica. O objeto desta proteção é o direito material, pela tutela individual ou pela tutela coletiva.

Quanto ao processo coletivo, este poderá ser comum, quando tutelar os direitos de terceira dimensão, nas ações coletivas (ação popular, ação civil pública, improbidade administrativa, mandado de segurança coletivo, entre outros), ou ainda, especial, se objetivar a manutenção coesa do sistema constitucional, através das ações constitucionais (ADIN, ADIN por omissão, ADC e ADPF). O processo coletivo comum terá um controle constitucional incidental; já o especial, o controle será objetivo.

O processo coletivo contará, ainda, com a observância de alguns princípios:

a) Devido processo legal coletivo: o “garantismo coletivo” assegura mais eficácia e legitimidade social aos processos coletivos, pois a decisão envolverá a coletividade, pessoas que não participam do processo.

b) Acesso à ordem jurídica justa: a inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, CF) garantirá ampla participação das partes no processo, decisão justa e eficaz à luz da sociedade e da legalidade.

c) Princípio da Participação: deve-se assegurar a ampla participação das partes no processo e observar o efeito sobre a coisa julgada.

d) Princípio do ativismo judicial: poderes do juiz no processo coletivo e a judicialização das políticas públicas. Ademais, adota-se o sistema misto, considerando-se os poderes do juiz e a vontade das partes.

e) Garantia do mínimo existencial, que repercute na reversa do possível (não será argumento apto para afastar a aplicação dos direitos fundamentais) e as astreintes (aplicáveis, inclusive, contra a Fazenda Pública).

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

f) Princípio da economia processual: o processo coletivo abrange os direitos transindividuais, garantindo o acesso e a efetividade das decisões.

g) Princípio do interesse no julgamento do mérito: nas hipóteses de sucessão processual quando da ilegitimidade ativa ou na fungibilidade entre ações coletivas.

h) Princípio da não taxatividade e atipicidade: o objeto da ação coletiva é a defesa de todos os interesses metaindividuais, sendo possível a cumulação de pedidos, nas obrigações de fazer, não fazer, entrega de coisa, condenação em quantia certa, entre outras.

Quanto à legitimação, esta será plúrima (vários legitimados) e mista (sociedade civil e Estado), através dos particulares, das pessoas jurídicas de direito privado (sindicatos, associações e partidos políticos) e órgãos do poder público (Ministério Público, Defensoria Pública), entre outros.

No direito das famílias, como já citado, essa manifestação é latente. Tomaremos, como exemplo, o reconhecimento das novas famílias no Brasil, como a família homoafetiva, a família paralela e a família poliafetiva, como veremos a seguir:

a) Reconhecimento de União Estável Homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 4277/DF (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2011):

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de promover o bem de todos. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana norma geral negativa, segundo a qual o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUACIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por intimidade e vida privada (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ENTIDADE FAMILIAR E FAMÍLIA. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia entidade familiar, não pretendeu diferenciá-la da família. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado entidade familiar como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem do regime e dos princípios por ela adotados, verbis: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de interpretação conforme à Constituição. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341)

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

b) Reconhecimento de Casamento Civil Homoafetivo pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n. 1.183.378/RS, Enunciado 486, 4ª Turma, STJ (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, 2011):

DIREITO DE FAMÍLIA. CASAMENTO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVO). INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INEXISTÊNCIA DE VEDAÇÃO EXPRESSA AQUE SE HABILITEM PARA O CASAMENTO PESSOAS DO MESMO SEXO. VEDAÇÃO IMPLÍCITA CONSTITUCIONALMENTE INACEITÁVEL. ORIENTAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. 1. Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigorante a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam "de costas" para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita. 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todos ignificados que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. 3. Inaugura-se com a Constituição Federal de 1988 uma nova fase do direito de família e, conseqüentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito poliformismo familiar em que arranjos multifacetados são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado". Assim, é bem de ver que, em 1988, não houve uma recepção constitucional do conceito histórico de casamento, sempre considerado como via única para a constituição de família e, por vezes, um ambiente de subversão dos ora consagrados princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Agora, a concepção constitucional do casamento - diferentemente do que ocorria com os diplomas superados - deve ser necessariamente plural, porque plurais também são as famílias e, ademais, não é ele, o casamento, o destinatário final da proteção do Estado, mas apenas o intermediário de um propósito maior, que é a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade. 4. O pluralismo familiar engendrado pela Constituição - explicitamente reconhecido em precedentes tanto desta Corte quanto do STF - impede se pretenda afirmar que as famílias formadas por pares homoafetivos sejam menos dignas de proteção do Estado, se comparadas com aquelas apoiadas na tradição e formadas por casais heteroafetivos. 5. O que importa agora, sob a égide da Carta de 1988, é que essas famílias multiformes recebam efetivamente a "especial proteção do Estado", e é tão somente em razão desse desígnio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que, pelo casamento, o

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família. 6. Com efeito, se é verdade que o casamento civil é a forma pela qual o Estado melhor protege a família, e sendo múltiplos os "arranjos" familiares reconhecidos pela Carta Magna, não há de ser negada essa via a nenhuma família que por ela optar, independentemente de orientação sexual dos partícipes, uma vez que as famílias constituídas por pares homoafetivos possuem os mesmos núcleos axiológicos daquelas constituídas por casais heteroafetivos, quais sejam, a dignidade das pessoas de seus membros e o afeto. 7. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias. Em uma palavra: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se é garantido o direito à diferença. Conclusão diversa também não se mostra consentânea comum ordenamento constitucional que prevê o princípio do livre planejamento familiar (§ 7º do art. 226). E é importante ressaltar, nesse ponto, que o planejamento familiar se faz presente tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir, com escopo de constituir família, e desde esse momento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma em que se dará a união. 8. Os arts. 1.514, 1.521, 1.523, 1.535 e 1.565, todos do Código Civil de 2002, não vedam expressamente o casamento entre pessoas do mesmo sexo, e não há como se enxergar uma vedação implícita ao casamento homoafetivo sem afronta a caros princípios constitucionais, como o da igualdade, o da não discriminação, o da dignidade da pessoa humana e os do pluralismo e livre planejamento familiar. 9. Não obstante a omissão legislativa sobre o tema, a maioria, mediante seus representantes eleitos, não poderia mesmo "democraticamente" decretar a perda de direitos civis da minoria pela qual eventualmente nutre alguma aversão. Nesse cenário, em regra é o Poder Judiciário - e não o Legislativo - que exerce um papel contra majoritário e protetivo de especialíssima importância, exatamente por não ser compromissado com as maiorias votantes, mas apenas com a lei e com a Constituição, sempre em vista a proteção dos direitos humanos fundamentais, sejam eles das minorias, sejam das maiorias. Dessa forma, ao contrário do que pensam os críticos, a democracia se fortalece, porquanto esta se reafirma como forma de governo, não das maiorias ocasionais, mas de todos. 10. Enquanto o Congresso Nacional, no caso brasileiro, não assume, explicitamente, sua coparticipação nesse processo constitucional de defesa e proteção dos socialmente vulneráveis, não pode o Poder Judiciário demitir-se desse mister, sob pena de aceitação tácita de um Estado que somente é "democrático" formalmente, sem que tal predicativo resista a uma mínima investigação acerca da universalização dos direitos civis. 11. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1183378 RS 2010/0036663-8, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 25/10/2011, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2012)

c) Resolução 175 do Conselho Nacional de Justiça que visa tutelar o reconhecimento, em cartório, das famílias homoafetivas pela união estável e pelo casamento civil (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça, 2013):

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

Resolução Nº 175 de 14/05/2013 Ementa: Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. Origem: Presidência. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. O PRESIDENTE DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, no uso de suas atribuições constitucionais e regimentais, CONSIDERANDO a decisão do plenário do Conselho Nacional de Justiça, tomada no julgamento do Ato Normativo no 0002626-65.2013.2.00.0000, na 169ª Sessão Ordinária, realizada em 14 de maio de 2013; CONSIDERANDO que o Supremo Tribunal Federal, nos acórdãos prolatados em julgamento da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF, reconheceu a inconstitucionalidade de distinção de tratamento legal às uniões estáveis constituídas por pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO que as referidas decisões foram proferidas com eficácia vinculante à administração pública e aos demais órgãos do Poder Judiciário; CONSIDERANDO que o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do RESP 1.183.378/RS, decidiu inexistir óbices legais à celebração de casamento entre pessoas de mesmo sexo; CONSIDERANDO a competência do Conselho Nacional de Justiça, prevista no art. 103-B, da Constituição Federal de 1988; RESOLVE: Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação. Ministro Joaquim Barbosa

d) Reconhecimento da família paralela no julgamento da Apelação 632015 pelo Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão (BRASIL, Tribunal de Justiça do Maranhão, 2015):

DIREITO DE FAMÍLIA. APELAÇÃO AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL PÓS MORTE. CASAMENTO E UNIÃO ESTÁVEL CONCOMITANTES. SEPARAÇÃO DE FATO NÃO COMPROVADA. UNIÃO ESTÁVEL CONFIGURADA. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. FAMÍLIAS PARALELAS. FENÔMENO FREQUENTE. PROTEÇÃO ESTATAL. REFORMA DA SENTENÇA. APELAÇÃO PROVIDA. I -O reconhecimento da união estável exige demonstração de convivência pública, contínua e duradoura entre o homem e a mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família, bem como que inexistam impedimentos à constituição dessa relação. Inteligência dos artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil. II - No caso sob análise, tem-se que o de cujus, mesmo não estando separado de fato da esposa, manteve união estável com a apelante por mais de 15 (quinze) anos, o que caracteriza a família paralela, fenômeno de frequência significativa na realidade brasileira. O não reconhecimento de seus efeitos jurídicos traz como consequências severas injustiças. IV - O Des. Lourival Serejo pondera: "Se o nosso Código Civil optou por desconhecer uma realidade que se apresenta reiteradamente, a justiça precisa ter

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

sensibilidade suficiente para encontrar uma resposta satisfatória a quem clama por sua intervenção." V – O comando sentencial deve ser reformado para o fim de reconhecer a união estável. VI - Apelação provida, contrariando o parecer ministerial. (TJ-MA - APL: 0000632015 MA 0049950-05.2012.8.10.0001, Relator: MARCELO CARVALHO SILVA, Data de Julgamento: 26/05/2015, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 10/06/2015)

e) Reconhecimento da família poliafetiva: o debate teve início em 2012, quando a então tabeliã da cidade de Tupã, interior de São Paulo, Cláudia do Nascimento Domingues, elaborou o primeiro ato documental nesse sentido. Conforme se extrai do *site* do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), é fundamental o seguinte trecho do documento, assinado por um homem e duas mulheres: "Os declarantes, diante da lacuna legal no reconhecimento desse modelo de união afetiva múltipla e simultânea, intentam estabelecer as regras para garantia de seus direitos e deveres, pretendendo vê-las reconhecidas e respeitadas social, econômica e juridicamente, em caso de questionamentos ou litígios surgidos entre si ou com terceiros, tendo por base os princípios constitucionais da liberdade, dignidade e igualdade".

Verifica-se que a defesa dos interesses metaindividuais aqui citados tomam por fundamentação jurídica princípios constitucionais, como: a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); a proibição de discriminação (art. 3º, IV, CF); a equiparação entre homens e mulheres em direitos e deveres (art. 5º, I, CF).

Matérias que surgem do direito privado, no âmbito familiar, que passam a ser julgadas e fundamentadas em normas constitucionais, em tratados internacionais, em resoluções de agências multilaterais, representam, de fato, esta quebra da dicotomia público X privado, implementando uma verdadeira constitucionalização do Direito Civil, o que é louvável por permitir que muitas pessoas marginalizadas, esquecidas pela legislação, possam ter seus interesses tutelados e suas necessidades atendidas.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

CONCLUSÃO

Em linhas gerais concluímos que o processo de dinamogenesis dos direitos humanos, a hermenêutica sistemática das normas jurídicas e o ativismo judicial auxiliam em uma evolução jurisdicional na tutela dos direitos metaindividuais, em uma linha do tempo e do espaço na história, pela transmigração e constitucionalização dos interesses.

A dicotomia pré-existente entre o público e o privado foi superada pelo reconhecimento dos direitos de terceira dimensão e a sua recepção em uma ordem constitucional. Os direitos de solidariedade representam uma terceira categoria denominada direitos metaindividuais ou transindividuais, que se desdobram em interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Esses foram os direitos analisados neste artigo. Tais direitos buscam resguardar, fundamentalmente, a dignidade da pessoa humana, por elementos de proteção a serem utilizados por organizações como o Estado (através da administração pública) e o Ministério Público, e consagrados em normas especializadas nas causas metaindividuais, como as leis que protegem as minorias, as crianças e os adolescentes, os idosos, os trabalhadores, as pessoas com deficiência, entre outros.

Contudo, os resultados desejados ainda restam distantes dos obtidos. Ainda há muito que se fazer na questão da tutela dos direitos metaindividuais. A sociedade ainda guarda relações profundas com a política, a religião e própria cultura, que impedem que tais direitos já conquistados juridicamente sejam efetivados socialmente.

Em que pese toda a legislação especializada, as medidas e políticas públicas atuantes nestas áreas, muito se percebe a desproporção nas relações sociais quando se trata de vulneráveis, hipossuficientes ou minorias. Mas a fé na consciência

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

democrática é maior, o que nos permite tecer discussões como esta, que objetivam agregar valor ao mérito do Direito: a justiça social.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martin Claret, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro**. A nova interpretação constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

_____. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/> > Acesso em 10 de julho de 2017.

_____. **Constituição Federal Brasileira**. Disponível em: < <http://www2.planalto.gov.br/> > Acesso em 10 de julho de 2017.

_____. **Instituto Brasileiro de Direito de Família**. Disponível em: < <http://www.ibdfam.org.br/> > Acesso em 10 de julho de 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ> > Acesso em 10 de julho de 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp> > Acesso em 10 de julho de 2017.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

_____. **Tribunal de Justiça do Maranhão**. Disponível em: < <http://www.tjma.jus.br> > Acesso em 10 de julho de 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

DENSA, Roberta. Interesses transindividuais: fronteiras contemporâneas entre o direito público e o privado e repercussões práticas nas ações coletivas. **Direito e administração pública**. São Paulo: Atlas, 2013. pp. 225-245.

DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. **Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo**. 6ª edição. Salvador: JusPodivm, 2011.

DWORKIN, Ronald. **Rights as Trumps**. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of Rights*. NY: Oxford University Press, 1984.

FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica Jurídica**. 11. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos**. Revista de Processo, n. 97, p. 9. Jan./mar. 2000.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LEITE, Flávia Piva Almeida; SOARES, Vlândia Maria de Moura; BARUDI, Cintia. ¿Assiones Público-privadas: eficiência em el control de los recursos Públicos? **Revista Jurídica - UNICURITIBA**, 1. v., n. 50, Curitiba, 2018, p. 26-45.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos – conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINONI, Luis Guilherme. **Técnica Processual e Tutela dos Direitos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MENEZES, Wagner; et al. Direito internacional, empresa e sustentabilidade. In: SILVEIRA; Vladmir Oliveira da; MEZZAROBBA, Orides (Coord.); MAILLART, Adriana S.; COUTO, Monica Bonetti Couto et al (org.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito**. Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade [vol. 2]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 354-366.

MONTESQUIEU, Charles Luis de Secondat. **O espírito das leis**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Personalidades Acadêmicas Homenageadas:

Celso Antônio Pacheco Fiorillo (Universidade Nove de Julho - UNINOVE)

Luiz Oosterbeek (Instituto Politécnico de Tomar - IPT)

Wagner Balera (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP)

NALINI, José Renato. Sustentabilidade e ética empresarial. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coord.); MAILLART, Adriana S. COUTO. Monica Bonetti Couto et al (org.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito**. Coleção: Justiça. Empresa e Sustentabilidade [vol. 2]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 119-143.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípio do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Processo Coletivo**. São Paulo: Método, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Manual de Direitos difusos**. São Paulo: Verbatim, 2009.

PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito: ajustada ao novo Código Civil**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini. Direitos humanos e empresa privada no Brasil. In: SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZARROBA, Orides (Coord.); MAILLART, Adriana S.; COUTO, Monica Bonetti Couto et al (org.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do Direito**. Coleção: Justiça, Empresa e Sustentabilidade [vol. 2]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 294-307.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos: conceitos, significados e funções**. São Paulo: Saraiva, 2010.