



PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
MESTRADO EM DIREITO

**O MÍNIMO EXISTENCIAL E A EFICÁCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS NAS RELAÇÕES ENTRE
PARTICULARES**

ÂNGELA ALMEIDA

Caxias do Sul

2009

ÂNGELA ALMEIDA

O MÍNIMO EXISTENCIAL E A EFICÁCIA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS SOCIAIS NAS RELAÇÕES ENTRE
PARTICULARES

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Caxias do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador:

Prof. Dr. Sérgio Augustin

Caxias do Sul

2009

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Universidade de Caxias do Sul
UCS - BICE - Processamento Técnico

A447m Almeida, Ângela
O mínimo existencial e a eficácia dos direitos fundamentais
sociais nas relações entre particulares / Ângela Almeida. –
2009.
147 f. ; 30 cm.

Apresenta bibliografia.
Dissertação (Mestrado) – Universidade de Caxias do Sul,
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2009.
“Orientação: Prof. Dr. Sérgio Augustin”.

1. Direitos fundamentais. 2. Direitos humanos. 3. Direito
privado. 4. Direitos sociais. I. Título.

CDU : 342.7

Índice para catálogo sistemático:

1. Direitos fundamentais	342.7
2. Direitos humanos	342.7
3. Direito privado	347
4. Direitos sociais	36

Catalogação na fonte elaborada pela bibliotecária
Criselen Jarabiza – CRB 10/1789



“O Mínimo Existencial e a Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais nas Relações entre Particulares”

Ângela Margarete Almeida da Silva

Dissertação de Mestrado submetida à Banca Examinadora designada pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Caxias do Sul, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito Ambiental e Relações de Trabalho.

Caxias do Sul, 27 de novembro de 2009.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Sérgio Augustin (Orientador)
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Jorge Renato dos Reis
Universidade de Santa Cruz do Sul

Prof. Dr. Carlos Alberto Lunelli
Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. Cesar Augusto Modena
Universidade de Caxias do Sul

*Não serei o poeta de um mundo caduco.
Também não cantarei o mundo futuro.
Estou preso à vida e olho meus companheiros.
Estão taciturnos, mas nutrem grandes esperanças.
Entre eles, considero a enorme realidade.
O presente é tão grande, não nos afastemos.
Não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas.
(Carlos Drummond de Andrade. "Mãos Dadas")*

*À minha mãe, Terezinha,
pelo amor e apoio incondicional,
com a minha gratidão, para sempre.*

AGRADECIMENTOS

Este estudo somente se tornou possível em virtude do auxílio e apoio inigualável de muitas pessoas, cada qual à sua maneira. Infelizmente, sempre que se busca nomeá-las, a fim de lhes prestar a devida homenagem, arrisca-se deixar importantes nomes de fora. Assim, de início, agradeço a todos aqueles que conviveram comigo durante o curso de Mestrado, pois todos, por certo, auxiliaram-me a trilhar esse caminho.

Agradeço, primeiramente, ao Professor Orientador Sérgio Augustin, que tem me conduzido pela vida acadêmica, contribuindo com seu conhecimento e experiência. Mais do que isso, pelo privilégio de sua amizade e, especialmente, por ter me apoiado, incondicional e irrestritamente, em todos os momentos do desenvolvimento desta dissertação.

Aos Professores Adir Rech, Carlos Alberto Chiarelli, César Modena, Jayme Paviani, José Luiz Ferreira Prunes, Leonel Severo Rocha, Vânia Herédia e Wilson Steinmetz, pelos ensinamentos e pelas reflexões em sala de aula, que muito contribuíram para o desenvolvimento das idéias que tornaram este trabalho possível.

Aos colegas Fábio Rodrigues, Fernando Valduga, Joelso Rodrigues, Maurício Marca, Silvio Renner, Valmir Fassbinder, por todas as conversas imensamente produtivas, e em especial, ao Filipe Diffini e à Barbara Bedin, pela sincera amizade e pelo apoio em todas as ocasiões em que precisei. Obrigada!

Ao Professor Charles Flores e à representante discente, Letícia Lima, pois a intercessão destes dois amigos junto ao Colegiado do Programa, no sentido que este aceitasse o pedido de prorrogação do prazo de depósito desta dissertação, foi essencial à conclusão do trabalho.

Aos meus colegas da Receita Federal do Brasil, pela tolerância com as ausências e os atrasos, em especial à Simone Trentin, pela paciência e colaboração, e à Elizarete Comerlato (Tuta), pelo incentivo.

À Professora Marly Menegotto Suszek, pela disposição e dedicação com a revisão deste texto.

Não posso deixar de agradecer, ainda, à Mary, companheira das lutas diárias, há vários anos, que com seu zelo vem tornando a minha vida mais fácil. Muito obrigada!

À Vanessa, por nossa amizade à prova de qualquer distância...

Ao meu pai, Jair, pelas palavras de estímulo, à minha irmã, Zelma, pelo incentivo, e em especial à minha mãe, Terezinha, a quem, faltando palavras suficientes para expressar minha gratidão, dedico este trabalho.

Ao meu marido, Jonei, por todos os conselhos, pelo fomento das idéias, pelas discussões companheiras e acaloradas, pelas horas roubadas, pelo apoio e compreensão, enfim, por tudo que realizamos juntos!

Aos meus filhos, Ana Carolina e João Víctor, que são o que tenho de mais precioso na vida! A minha maior felicidade e o meu maior orgulho! Amo vocês “dpaixão”!

RESUMO

Se ainda hoje parece questionável a forma e a intensidade da eficácia dos direitos fundamentais individuais nas relações jurídicas entre particulares, muito mais polêmica é a questão da incidência dos direitos fundamentais sociais nesse tipo de relação. Na literatura especializada, poucos autores dedicaram-se ao tema. A maioria dentre os que tratam da vinculação dos particulares a direitos fundamentais limita-se a examinar a eficácia dos direitos individuais. Todavia, a despeito das divergências, parece que há consenso na doutrina pelo menos sobre duas questões, que constituem o núcleo do tema. São elas: (i) os direitos fundamentais sociais – também denominados direitos a prestação em sentido estrito – têm projeção nas relações entre particulares? (ii) Em caso afirmativo, *como* e *com que intensidade* tais direitos se projetam nessas relações? A primeira questão demanda, no campo da dogmática jurídica, um trabalho de fundamentação constitucional. A segunda, um trabalho de construção constitucional. No plano da fundamentação e da construção dogmático-constitucional, o objetivo é responder a essas mesmas questões tomando como marco normativo de referência a Constituição Federal de 1988. Trata-se de examinar, com base no texto da CF, o “se”, o “como” e a “medida” (ou intensidade) da projeção dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares. Para orientar a investigação, adotam-se três pré-compreensões: (i) o princípio da supremacia da CF – ou princípio da constitucionalidade – projeta-se não somente sobre as relações de caráter político que se estabelecem entre Estado e cidadão, mas também sobre outras importantes esferas da vida social, nas quais os particulares mantêm relações intersubjetivas de interação (coordenação, cooperação e conflito); (ii) a instituição da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito importa, em consequência, não apenas para o reconhecimento formal e substantivo da liberdade e da igualdade, mas também para a garantia de condições mínimas de existência digna (CF, art. 1.º, III); (iii) às normas definidoras de direitos fundamentais sociais reserva-se um regime jurídico especial, inclusive em relação às demais normas constitucionais (CF, art. 5.º, § 1.º; art. 60, § 4.º, IV). Este trabalho, em que pese se situe no campo da dogmática geral dos direitos fundamentais, faz incursões no campo da teoria geral e da dogmática tópica dos direitos fundamentais. A investigação aqui desenvolvida é uma atividade cognitiva de análise da linguagem e de interpretação legislativa, bibliográfica e jurisprudencial. A conclusão é que, pelo menos no concernente ao conteúdo em dignidade e, de modo geral, ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, não se deveria, em princípio, questionar a possível e necessária eficácia direta desses direitos no âmbito das relações entre particulares.

PALAVRAS-CHAVES: direitos fundamentais; direitos humanos; direitos sociais; dignidade humana; mínimo existencial; direito privado.

RESUMEN

Si todavía parece cuestionable la forma y la intensidad de la efectividad de los derechos individuales fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares, mucho más polémica es la cuestión de la incidencia de los derechos fundamentales sociales en este tipo de relación. En la literatura especializada, pocos autores se han dedicado al tema. La mayoría de los que tratan las personas con la vinculación de los derechos fundamentales se limita a examinar la eficacia de los derechos individuales. Sin embargo, a pesar de los desacuerdos, parece que hay un consenso de principio al menos sobre dos cuestiones, que constituyen el núcleo del tema. Ellos son: (i) ¿los derechos sociales fundamentales - también referidos derechos a la disposición en el sentido estricto - se proyectan en las relaciones entre particulares? (ii) ¿en caso afirmativo, cómo y con qué intensidad estos derechos se proyectan en estas relaciones? La solicitud de la primera cuestión, en el ámbito de la certeza dogmática, es una obra de razonamiento constitucional. La segunda, una obra de construcción constitucional. En el plan de razonamiento y de la construcción dogmática constitucional, el objetivo es responder a esas preguntas, tomando como referencia normativa a la Constitución Federal de 1988. Esto es examinado basado en el texto de la Constitución, el "si", el "cómo" y "medida" (o intensidad) de la proyección de la proyección de los derechos fundamentales sociales en las relaciones entre particulares. Para orientar la investigación, se adoptan tres pre-acuerdos: (i) el principio de la supremacía de la Constitución - o el principio de constitucionalidad - proyectase no sólo sobre las relaciones de carácter político establecido entre el Estado y los ciudadanos, sino también en otras esferas importantes de la vida social en el que los individuos mantienen relaciones interpersonales (interacción de coordinación, cooperación y conflicto); (ii) la institución de la dignidad de la persona humana como base del Estado Democrático de Derecho, como resultado, no sólo para el reconocimiento formal y sustantivo de la libertad y la igualdad, pero también para la garantía de condiciones mínimas de existencia digna (CF, art. 1.º, III); (iii) la definición de las normas de los derechos sociales fundamentales reservase un estatuto jurídico especial, incluso en relación con otras disposiciones constitucionales (CF, art. 5. § 1.º, art. 60, § 4.º, IV). Este trabajo, aunque es en el campo de la dogmática general de los derechos fundamentales, hace incursiones en el campo de la teoría general de los derechos fundamentales y el dogma del tema de los derechos fundamentales. La conclusión es que, al menos sobre el contenido de la dignidad y, en general, el contenido esencial de los derechos sociales fundamentales, no se debería, en principio, cuestionar la eficacia directa posible y necesaria de estos derechos en las relaciones entre los individuos.

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales; derechos humanos; derechos sociales; dignidad humana; mínimo existencial; derecho privado.

LISTA DE SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

BGB – Código Civil da Alemanha

CF – Constituição Federal de 1988

CIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CLT – Consolidação das Leis do Trabalho

DUDH – Declaração Universal dos Direitos Humanos

LF – Lei Fundamental da Alemanha

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

TST – Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA	16
2.1 A Classificação funcional dos direitos sociais	17
2.1.1 Os direitos sociais como direitos a prestações (positivos) e direitos de defesa (negativos)	24
2.1.2 Os direitos sociais como direitos a prestações materiais (fáticas) e direitos a prestações normativas	26
2.2 Os direitos fundamentais completos	28
2.3 A crítica à classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações	32
2.4 A fundamentalidade formal e material dos direitos sociais	37
2.4.1 O conceito material de direitos fundamentais sociais	40
2.4.2 A aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais sociais.....	46
2.4.3 Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma constitucional.....	51
3. O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS.....	55
3.1 A dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira	55
3.1.1 As dimensões da dignidade da pessoa humana.....	56
3.1.2 A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental.....	62
3.2 O mínimo existencial	69
3.2.1 O mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais	83
4. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES	91
4.1 Opções terminológicas: uma questão não meramente semântica	92
4.2 A Constituição e o Direito Privado	94
4.3 A vinculação simultânea do Estado e dos particulares à dignidade da pessoa humana e, em princípio, a todos os direitos fundamentais.....	106
4.4 A eficácia direta prima facie dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares.....	115
4.5 A garantia de um mínimo existencial como critério material para a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares	127
CONCLUSÃO	136
REFERÊNCIAS.....	141

1. INTRODUÇÃO

Se ainda hoje parece questionável a forma e a intensidade da eficácia dos direitos fundamentais individuais nas relações jurídicas entre particulares, muito mais polêmica é a questão da projeção dos direitos fundamentais sociais nesse tipo de relação. Na literatura especializada, poucos autores se dedicaram ao tema. A maioria, dentre os que tratam da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, limita-se a examinar a eficácia dos direitos individuais. As poucas referências são breves e não há consenso sobre o tema. Há quem se manifeste conclusivamente pela eficácia direta dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares, asseverando que é irrelevante a natureza do direito fundamental em questão. Em sentido oposto, há quem se posicione contrariamente à atribuição de eficácia aos direitos prestacionais nas relações privadas. Por último, existe quem demonstre preferência pela tese da eficácia apenas mediata dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares.

A despeito das divergências apontadas, parece que se manifesta consenso na doutrina pelo menos sobre duas questões, que constituem o núcleo do tema. São elas: (i) os direitos fundamentais sociais – também denominados direitos a prestação em sentido estrito – têm projeção nas relações entre particulares? (ii) Em caso afirmativo, *como* e *com que intensidade* tais direitos se projetam nessas relações? A primeira questão demanda, no campo da dogmática jurídica, um trabalho de fundamentação constitucional. A segunda, um trabalho de construção constitucional.

O tratamento do tema da eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações jurídicas entre particulares, portanto, comporta dois planos distintos e complementares: um é o da meta-análise ou metateórico; o outro é o da fundamentação e da construção dogmático-constitucional. No plano metateórico, o propósito deste trabalho é (re)descrever e analisar as teorias e os argumentos formulados na dogmática e na jurisprudência constitucionais, nacional e comparada, como respostas às questões recém-enunciadas. No

plano da fundamentação e da construção dogmático-constitucional, o objetivo é responder a essas mesmas questões tomando como marco normativo de referência a Constituição Federal de 1988 (doravante também referida como CF). A problemática, no plano dogmático-constitucional, pode, então, ser assim enunciada: quais os fundamentos constitucionais (se houver), qual a forma e a medida da projeção dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares? Trata-se de examinar, com base no texto da CF, o “se”, o “como” e a “medida” (ou intensidade) da projeção dos direitos fundamentais sociais nessas relações.

Para orientar esta investigação, adotam-se três pré-compreensões: (i) o princípio da supremacia da CF – ou princípio da constitucionalidade – projeta-se não somente sobre as relações de caráter político que se estabelecem entre Estado e cidadão, mas também sobre outras importantes esferas da vida social, nas quais os particulares mantêm relações intersubjetivas de interação (coordenação, cooperação e conflito); (ii) a instituição da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito importa, em consequência, não apenas para o reconhecimento formal e substantivo da liberdade e da igualdade, mas também à garantia de condições mínimas de uma existência digna (CF, art. 1.º, III); (iii) às normas definidoras de direitos fundamentais sociais, reserva-se um regime jurídico especial, inclusive em relação às demais normas constitucionais (CF, art. 5.º, § 1.º; art. 60, § 4.º, IV).

Assim, este discurso, sobretudo no plano da fundamentação e da construção dogmático-constitucional, pretende: (i) manter-se coerente ou não-contraditório com as hipóteses eleitas; e (ii) explicitar, tanto quanto necessário e possível, para atender aos objetivos, aquilo que é consequência das hipóteses adotadas:

Algumas observações de método: (i) este trabalho, embora se situe no campo da dogmática geral dos direitos fundamentais, faz incursões no campo da teoria geral dos direitos fundamentais e da dogmática tópica dos direitos fundamentais; (ii) a investigação aqui desenvolvida é uma atividade cognitiva de análise da linguagem (método analítico) e de interpretação (método

hermenêutico), que se alternam e se complementam na feitura do discurso; (iii) esta dissertação é fruto de pesquisa legislativa, bibliográfica e jurisprudencial; e (v) por último, ela não tem a pretensão de ser ideologicamente “neutra” ou cientificamente “pura”.

A problemática do primeiro capítulo restringe-se à pergunta sobre qual o significado (conteúdo) a ser atribuído aos direitos sociais, o que, de outra parte, remete para o questionamento da classificação dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988 e a controvérsia que se estabeleceu em torno até mesmo da fundamentalidade dos direitos sociais, designadamente material, por conta da cláusula de abertura prevista no art. 5.º, § 2.º, da CF. Para chegar a uma definição constitucionalmente adequada dos direitos sociais, entende-se necessário partir da classificação dos direitos segundo a natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao seu titular, critério desenvolvido especialmente por Jellinek, aprimorado por Robert Alexy e traduzido para o direito constitucional português por Gomes Canotilho e Vieira de Andrade, bem como para o direito brasileiro por Ingo Sarlet, dentre outros.

A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, pelo menos quanto ao conteúdo de dignidade humana que possa encerrar-se no direito em causa, introduz o questionamento a ser enfrentado no segundo capítulo. A afirmação de que ao mínimo existencial correspondem direitos subjetivos a prestações, naquilo que tais prestações se articulam à garantia de uma vida digna, demanda que este estudo enverede para a discussão em torno do conteúdo (significado) do próprio princípio da dignidade da pessoa humana e do assim chamado mínimo existencial, bem como da sua vinculação com os direitos fundamentais sociais.

O último capítulo trata de investigar o *como* e *com que intensidade* o particular poderá (independentemente da dimensão processual do problema) recorrer aos direitos fundamentais sociais nas relações com outro particular, que, neste caso, exerce o papel de destinatário (obrigado), mas que, por sua vez, também é titular de direitos fundamentais. Assim, o cerne do problema a ser investigado, repita-se, reside em saber *como* – com base em que recursos

hermenêuticos – e *em que medida* – coordenar os direitos fundamentais em jogo.

2. OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS NA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Uma constatação que se impõe – e que resulta já de uma primeira leitura do texto constitucional – é a que os direitos fundamentais sociais, na Constituição brasileira, estão longe de formar um grupo homogêneo, tanto no conteúdo quanto na forma de sua positivação, o que acaba por gerar conseqüências relevantes para a compreensão do que são, afinal, os direitos sociais como direitos fundamentais. Nesse sentido, Sarlet observa:

A falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, de modo especial no que diz com a terminologia utilizada, pode ser apontada como uma das principais fraquezas do catálogo dos direitos fundamentais em nossa Constituição, revelando contradições, ausência de tratamento lógico na matéria e ensejando problemas de ordem hermenêutica.¹

É o que ocorre, por exemplo, com a redação do art. 6.º da Constituição de 1988, que enuncia genericamente os direitos sociais básicos (saúde, educação, trabalho, moradia etc.) e encerra com a formulação “na forma desta Constituição”, suscitando sérias dúvidas sobre quais os dispositivos dispersos no texto constitucional, nomeadamente os insertos nos títulos “Da Ordem Econômica e Financeira” e “Da Ordem Social”, ou mesmo localizados nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil,² efetivamente integram os direitos fundamentais sociais.

Ciente da ausência de um consenso até mesmo na esfera terminológica,³ salienta-se que aqui inexistem dúvidas quanto à terminologia a

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003a, p. 74-5.

² Aqui se considera a abertura material consagrada no art. 5.º, § 2.º, da CF, que prevê o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, bem como direitos expressamente positivados em tratados internacionais.

³ Nesse sentido, Sérgio Augustin observa que a “conceitualização dos Direitos Fundamentais apresenta dificuldades que podem ser alegadas pelas constantes transformações e ampliações desses direitos na História, bem como pela diversidade de terminologias adotadas, como: Direitos Naturais, Direitos Humanos, Direitos do Homem, Direitos Individuais, Direitos Públicos Subjetivos, Liberdades Fundamentais, Liberdades Públicas e Direitos Fundamentais dos homens, entre outras. O maior exemplo disso são as Constituições de alguns Estados como a

ser adotada, já que o legislador Constituinte expressamente utilizou a denominação “direitos sociais” (leiam-se direitos fundamentais sociais). Essa escolha não afasta, por certo, uma eventual conexão entre os direitos fundamentais e os direitos humanos – expressão mais utilizada por jusfilósofos quando tratam dos direitos do homem em seu aspecto independente dos sistemas jurídicos internamente positivados. Entretanto, a partir do momento em que não se nega a aproximação entre ambos os termos, a utilização da expressão “direitos fundamentais” – e, em especial, “direitos fundamentais sociais” – parece mais adequada para o desenvolvimento do presente estudo, fazendo inequívoca menção aos direitos positivados no âmbito interno.⁴

A problemática deste capítulo restringe-se, portanto, à pergunta sobre qual o significado (conteúdo) a ser atribuído aos direitos sociais, o que, de outra parte, remete para o problema da sua classificação na Constituição Federal de 1988 e a controvérsia que se estabeleceu em torno até mesmo da fundamentalidade dos direitos sociais, designadamente material, por conta da cláusula de abertura prevista no art. 5.º, § 2.º, da CF.

2.1 A classificação funcional dos direitos sociais

A definição de direitos sociais, habitualmente sustentada na literatura nacional e estrangeira em geral, é a que eles seriam apenas os direitos que apresentam como objeto a garantia de uma prestação material do Estado no campo da realização da justiça social, notadamente para assegurar níveis mínimos de liberdade e igualdade real, que apenas podem ser alcançados pela

própria Constituição brasileira”. Cf. AUGUSTIN, Sérgio. Uma breve discussão sobre os direitos fundamentais. *Revista Trabalho e Ambiente*, Caxias do Sul, v. 3, n. 4, p. 171-180, jan. 2005, p. 172.

⁴ Pode-se, *grosso modo*, dizer que os direitos fundamentais são os direitos humanos constitucionalizados, considerando que, no entendimento de Canotilho, os direitos fundamentais são “os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente”, enquanto os direitos humanos ou direitos do homem são “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 387.

compensação das desigualdades sociais.⁵ Em que pese tal conceito seja tentador, especialmente em se vinculando à noção de direitos sociais o fornecimento dos recursos fáticos necessários para uma vida digna e para uma efetiva fruição das liberdades, não há como – pelo menos em se tratando de uma teoria constitucional concreta dos direitos sociais – desconsiderar a vontade enunciada pelo próprio legislador Constituinte, no sentido de que o qualificativo de social não está exclusivamente vinculado a uma prestação material do Estado. A título de exemplo, vale destacar o direito social de greve, previsto no art. 9.º da CF. Nesse caso, a primeira dimensão jurídica que sobressai é a de que o Estado ou particular não obste o seu exercício, isto é, a de um direito a não-intervenção. Essa não é, por certo, a única posição jurídica em que o direito social de greve investe seu titular, como será abordado adiante, mas serve para demonstrar que nem todos os direitos sociais previstos na CF correspondem, necessariamente, a uma prestação material por parte do Estado.⁶

Para chegar a uma definição constitucionalmente adequada dos direitos sociais, entende-se necessário partir da classificação segundo a natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, critério desenvolvido especialmente por Jellinek, aprimorado por Robert Alexy e traduzido para o direito constitucional português por Gomes Canotilho e Vieira de Andrade, bem como para o direito brasileiro por Ingo Sarlet, dentre outros.

⁵ José Afonso da Silva, por exemplo, define os direitos sociais como “prestações positivas estatais, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações desiguais. Valem como pressuposto de gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. Cf. SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 199. No mesmo sentido, manifesta-se Robert Alexy, para quem os direitos sociais são “direitos do indivíduo em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”. Cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 499.

⁶ O mesmo fenômeno se verificava, ao menos em parte e na sua formulação original, na Constituição Portuguesa de 1976, na qual diversos dos direitos fundamentais dos trabalhadores, inicialmente contidos no título dos direitos econômicos, sociais e culturais, foram integrados, na revisão de 1982, no título dos direitos, liberdades e garantias. Cf. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1998, v.4, p. 434.

A teoria do *status* de Jellinek tem seu núcleo central na compreensão de que é a relação com o Estado que qualifica o indivíduo. A partir dessa concepção, Jellinek diferenciava quatro *status* decorrentes das relações entre o indivíduo e o Estado: o *status passivo* ou *status subiectionis*, o *status negativo* ou *status libertatis*, o *status positivo* ou *status civitatis* e o *status da cidadania ativa* ou *status ativo*. O *status subiectionis* é aquele no qual o indivíduo está subordinado aos poderes estatais, sendo, nesse contexto, meramente detentor dos deveres que o Estado, em virtude das competências que tenha em determinado sistema jurídico, possa impor aos indivíduos a ele submetidos.⁷ Já no *status negativo* há o reconhecimento pela ordem jurídica de uma esfera livre do Estado. É a esfera individual de liberdade, composta exclusivamente de faculdades, em que os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da livre ação do indivíduo.⁸ O *status positivo*, por sua vez, confere ao indivíduo a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais de modo a obter prestações positivas.⁹ É no *status positivo* que se poderia, grosso modo, enquadrar os assim denominados direitos a prestações, incluindo os direitos sociais, salientando-se aqui a crítica formulada pela atual doutrina no que concerne à localização dos direitos de defesa no âmbito da teoria de Jellinek.¹⁰ Finalmente, o *status ativo* equivale ao direito público subjetivo reconhecido ao cidadão de participar na formação da vontade do Estado, correspondendo aos atuais direitos políticos.¹¹

⁷ ALEXY, *op. cit.*, p. 256-7.

⁸ *Ibidem*, p. 258-62.

⁹ *Ibidem*, p. 263-7.

¹⁰ Golçalves Loureiro, baseado na crítica formulada por Alexy, observa que, de acordo com a proposição de Jellinek, “problemática é a inclusão, neste *status*, dos direitos de defesa. Sendo direitos a acções negativas, isto é, a abstenções do Estado, devem, segundo a proposta de Jellinek, ser excluídos deste estatuto, na medida em que não se trata de prestações positivas, mas sim negativas. Mas, como também não se integram no *status* negativo, parece que, paradoxalmente, direitos-chave na construção em análise ficariam fora de qualquer estatuto”. Esse impasse, afirma o autor, torna imperiosa uma leitura extensiva do *status negativo*, que, além das liberdades jurídicas não-protegidas, também englobaria os direitos de defesa, que, por outro lado, também poderiam integrar o *status positivo* em sentido amplo, sendo, sob essa ótica, comuns a ambos os *status*. Cf. LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares: algumas considerações*. Coimbra: Coimbra, 1995, p. 1997-8.

¹¹ ALEXY, *op. cit.*, p. 267-9.

Alexy, inspirado, ainda que em parte, nas lições de Jellinek e tomando por base a estrutura dos enunciados normativos, divide as posições que devem ser designadas como direitos em: (i) direitos a algo; (ii) liberdades; e (iii) competências. A forma mais geral de um enunciado sobre um direito a algo é a seguinte: o sujeito *a* tem frente à *b* o direito a *x*. Essa categoria abrange tanto o direito a uma ação negativa (direitos de defesa) por parte de outrem, *in casu*, do Estado, como o direito a uma ação positiva (direitos a prestações).¹² Já as liberdades estão relacionadas ao conceito de permissão e correspondem a uma alternativa de ação, ou seja, à possibilidade de fazer ou não fazer algo, o que pode ser expresso da seguinte forma: *x* é livre (não livre) em relação à *y* para fazer *z* ou não fazer *z*.¹³ Finalmente, as competências surgem a partir da capacidade que cada indivíduo possui de modificar a sua situação jurídica, ou seja, podem ser traduzidas num “poder jurídico”, garantido por normas específicas que atribuem, expressamente, a permissão e as condições de validade do ato.¹⁴

Canotilho recepcionou a classificação de Alexy, acrescentando uma inovação que permitiu adaptar essa classificação ao direito positivo português. Esse autor divide a categoria dos direitos a prestações em: (i) direitos originários a prestações; e (ii) direitos derivados a prestações. Os primeiros correspondem aos direitos de índole prestacional diretamente depreendidos da norma constitucional, ou seja, independem da atuação do legislador para uma definição do seu conteúdo. Os segundos são os direitos dos cidadãos “a uma participação igual nas prestações estaduais segundo a medida das capacidades existentes”, de modo que o nível de concretização das prestações previstas na Constituição resta assegurado pelos poderes públicos.¹⁵

Andrade, por sua vez, classifica os direitos fundamentais em: (i) direitos de defesa; (ii) direitos de participação; e (iii) direitos a prestações. Enquanto os

¹² *Ibidem*, p. 194-217.

¹³ *Ibidem*, p. 218-35.

¹⁴ *Ibidem*, p. 235-48.

¹⁵ CANOTILHO, 2000, *op. cit.*, p 467-469.

primeiros correspondem aos clássicos direitos de liberdade, que impõem uma abstenção ao Estado, um dever de “não-interferência” ou de “não-intromissão”, resguardando a autonomia individual, os últimos exigem do Estado uma ação positiva, tanto para “protecção dos bens jurídicos protegidos pelos direitos fundamentais contra a actividade (excepcionalmente, a omissão) de terceiros”, quanto para “promover ou garantir as condições materiais ou jurídicas de gozo efectivo desses bens jurídicos fundamentais”. Já os direitos à participação correspondem a um misto de direitos de defesa e de direitos a prestações, apesar de preservarem sua autonomia em virtude da função de “garantia da participação individual na vida política, mais concretamente, na formação da vontade política da comunidade”.¹⁶

Finalmente, Sarlet entende que uma classificação constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais e que, por sua vez, tenha como critério as funções por eles exercidas, poderia partir, na esteira de Alexy e Canotilho, da distinção entre dois grandes grupos: (i) direitos fundamentais de defesa; e (ii) direitos fundamentais a prestações. O segundo grupo (dos direitos a prestações) dividir-se-ia igualmente em dois subgrupos: (i) o dos direitos a prestações em sentido amplo (englobando os direitos de protecção e os direitos à participação na organização e no procedimento); e (ii) o dos direitos a prestações em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais), salientando o autor que a esses dois subgrupos se aplica a distinção entre os assim denominados direitos originários e direitos derivados a prestações.¹⁷

Esta última divisão – tal como elaborada por Canotilho – ainda que não diga respeito diretamente à estrutura dos enunciados normativos, assume especial relevância prática, na medida em que se baseia na estrutura positiva

¹⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 192-3.

¹⁷ SARLET, 2003a, *op. cit.*, 174-5.

da Constituição portuguesa de 1976, que, nesse aspecto específico, muito se aproxima da Constituição brasileira de 1988.¹⁸

Segundo Canotilho, os direitos derivados a prestações dizem respeito ao direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições públicas criadas pelos poderes públicos, bem como ao direito de igual quota-parte (participação) nos bens e serviços prestados por essas instituições à comunidade. Ainda, segundo esse autor, os direitos derivados a prestações, naquilo em que constituem a densificação de direitos fundamentais, passam a desempenhar uma função de proteção desses direitos, garantindo o grau de concretização já obtido.¹⁹ Nesse sentido, por exemplo, a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que define as condições para a licença maternidade (CF, art. 7.º, XVIII, e art. 201, II), gera, para a cidadã, um direito à prestação derivado, que não poderá ser eliminado sem compensação ou alternativa. Já os direitos originários a prestações podem ser identificados sempre que:

1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; 2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao exercício efetivo desses direitos; 3) e a faculdade do cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.²⁰

Na categoria dos direitos originários a prestações, é possível enquadrar, a título de ilustração, o direito ao ensino fundamental público e gratuito (CF, art. 208, I, § 1.º), bem como a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprove não possuir meios

¹⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 52.

¹⁹ Nesse sentido, reconhecido, por meio de lei, o subsídio de desemprego como dimensão do direito ao trabalho, não pode o legislador extinguir este direito, violando o núcleo essencial do direito social constitucionalmente protegido. Cf. CANOTILHO, 2000, *op. cit.*, p. 468-9.

²⁰ Segundo Canotilho, o entendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais como direitos originários, embora implique uma mudança na função dos direitos fundamentais e ponha com acuidade o problema da sua efetivação dentro de uma reserva do possível, para significar a dependência desses direitos dos recursos econômicos, não reduz a sua efetivação a um simples apelo ao legislador, existindo, ao contrário, uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que essas forem necessárias para a efetivação desses direitos. *Ibidem*, p. 467-8.

de prover a própria manutenção ou tê-la provida por sua família (CF, art. 203, V).

Todas essas classificações, especialmente as que dividem os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, têm por base a função predominante do enunciado de direito fundamental, qual seja, defensiva ou prestacional. Mas essa predominância pode ceder a uma leitura concreta dos direitos fundamentais, na medida em que um direito de natureza nitidamente defensiva pode assumir um caráter prestacional.²¹ Além disso, a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações não segue propriamente a sistemática da CF, que divide o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, em: (i) direitos e deveres individuais e coletivos (Capítulo I); (ii) direitos sociais (Capítulo II); (iii) direitos da nacionalidade (Capítulo III); e (iv) direitos políticos (Capítulo IV). Tais classificações preocupam-se menos com a posição dos direitos fundamentais no catálogo e mais com a função desempenhada por cada norma jusfundamental no âmbito do ordenamento jurídico-constitucional. Assim, a questão a ser investigada volta-se para a natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito fundamental, que poderá ser: (i) uma posição de defesa contra ingerências indevidas por parte dos poderes públicos e também de particulares; ou (ii) uma posição de exigência de atuação positiva do Estado e, também, da sociedade.²²

Isso justifica que a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, tal como apresentada, revele-se mais adequada para o desenvolvimento do presente estudo, auxiliando a compreensão das distinções que podem ser traçadas entre as diferentes categorias de direitos fundamentais, o que, por certo, não afasta a consciência que se tem a respeito da interpenetração entre direitos de defesa e direitos a prestações, bem como

²¹ OLSEN, *op. cit.*, p. 53.

²² Contudo, não se pode negligenciar o fato de que nem todos os direitos prestacionais – ao menos no direito constitucional positivo brasileiro – têm como destinatário primeiro o Estado, o que se aplica principalmente aos direitos prestacionais arrolados entre os direitos sociais dos trabalhadores (CF, art. 7.º).

entre direitos a prestações em sentido amplo e restrito, temática que será objeto das considerações que se seguem.

2.1.1 Os direitos sociais como direitos a prestações (positivos) e direitos de defesa (negativos)

A partir da estrutura da norma jusfundamental é possível identificar se os direitos sob análise – no caso, os direitos sociais previstos na CF – enquadram-se na categoria dos direitos negativos (direitos de defesa) ou dos direitos positivos (direitos a prestações).

Segundo Alexy, os direitos a ações estatais negativas podem ser divididos em: (i) direitos ao não-embaraço de ações; (ii) direitos à não-afetação de características e situações; e (iii) direitos à não-eliminação de posições jurídicas. Ao primeiro grupo pertencem somente os direitos a que o Estado não *embarace* qualquer tipo de ação dos titulares do direito, ou seja, não impeça ou dificulte as ações, por qualquer que seja o meio. O enunciado desses direitos tem a seguinte formulação: o sujeito *a* tem, em face do Estado, um direito a que este não o embarace na realização da ação *h*.²³ Nessa categoria é possível enquadrar o direito de greve (CF, art. 9.º) e o direito de liberdade de associação sindical (CF, art. 8.º), para citar os exemplos mais evidentes. O segundo grupo de direitos a ações estatais negativas é constituído pelos direitos a que o Estado não *afete* determinadas características e situações do titular do direito. Exemplo de característica de um titular de direito fundamental que pode ser afetada é a de ser saudável (CF, art. 6.º); exemplo de uma situação jurídica é o direito à aposentadoria (CF, art. 7.º, XXIV). O enunciado sobre tais direitos apresenta a seguinte formulação: o sujeito *a* tem, em face do Estado, um direito que esse não afete a sua característica *A* (a sua situação *B*).²⁴ Finalmente, o terceiro grupo de direitos a ações estatais negativas é constituído pelos direitos a que o estado não *elimine* determinadas posições

²³ ALEXY, *op. cit.*, p. 198.

²⁴ *Ibidem*, p. 199.

jurídicas do titular do direito. Seu enunciado pode ser reduzido a uma forma padrão simples, como a seguinte: o sujeito *a tem*, em face do Estado, um direito a que esse não elimine a sua posição jurídica *RP*.²⁵ Logo, não poderia o Estado revogar normas constitutivas de posições jurídicas, como, por exemplo, a proteção contra despedida arbitrária, mediante indenização “nos termos de lei complementar” (CF, art. 7.º, I) ou o direito ao salário-família (CF, art. 7.º, XII, atualmente regulamentado pela Lei n. 8.213, de 24.07.1991, e pelo Dec. n. 2.172, de 05.03.1997).

Em que pese o legislador Constituinte não tenha estabelecido dispositivos de direitos sociais que se encaixem na forma pura dos enunciados acima apresentados, da redação de diversos dispositivos constitucionais é possível extrair posições jurídicas como as mencionadas, que permitem classificar vários direitos fundamentais sociais como direitos de defesa. Basta, por exemplo, verificar as proibições contra as discriminações nas relações trabalhistas, consagradas no art. 7.º, XXXI e XXXII, da CF.

No direito comparado, Victor Abramovich e Christian Courtis observam a dimensão negativa dos direitos sociais:

*En sentido simétrico, los derechos sociales tampoco se agotan en obligaciones positivas: al igual que en el caso de los derechos civiles, cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos – salud, vivienda, educación, seguridad social – el Estado tiene la obligación de abstenerse de realizar conductas que los afecten.*²⁶

É indiscutível, entretanto, que a muitas normas de direitos fundamentais sociais correspondem, *prima facie*, direitos a prestações positivas,²⁷ que, na definição de Sarlet, impõem ao Estado a tarefa:

²⁵ *Ibidem*, p. 201.

²⁶ ABROMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b, p. 138.

²⁷ OLSEN, *op. cit.*, p. 55.

[...] de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem o efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.²⁸

Desse modo, os direitos a prestações podem ser catalogados em dois grandes grupos: (i) o dos que demandam do Estado uma determinada prestação de ordem fática (direitos a prestação em sentido estrito); e (ii) o dos que demandam uma simples prestação normativa, o que corresponderia aos direitos de proteção e aos direitos à participação na organização e no procedimento (direitos a prestações em sentido amplo).²⁹

2.1.2 Os direitos sociais como direitos a prestações materiais (fáticas) e direitos a prestações normativas

Alexy observa que os enunciados dos direitos a prestações apresentam as seguintes formulações: (i) *a* possui, em face do Estado, um direito a que esse realize a ação positiva fática *hf*. (ii) *a* tem, em face do Estado, um direito que esse realize a ação positiva normativa *hn*.³⁰ Quanto ao primeiro grupo, o dos direitos a prestações fáticas, deve o Estado adotar determinada conduta a fim de prover ao titular do direito o bem jurídico tutelado. Nesse caso, o Estado é livre para escolher a melhor forma de atender a esse objetivo, prestando o bem jurídico em questão em conformidade com outros interesses, como o da

²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 143.

²⁹ Flávio Galdino questiona essa classificação por entender que todas as prestações são fáticas, na medida em que mesmo os direitos a prestações normativas pressupõem a existência de um Congresso habilitado para criar e votar as leis, com deputados e senadores remunerados para o desempenho desta função. Cf. GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. *In*: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 250-1.

³⁰ ALEXY, *op. cit.*, p. 203.

menor onerosidade e o da eqüidade. Não pode escolher, por certo, entre uma conduta que atinge a finalidade constitucional e outra que não alcance essa finalidade, ou seja, que resulte na não-realização do direito. O mesmo não se verifica quando se trata de uma prestação normativa, pois, nesse caso, importará como o Estado editará a norma para garantir a realização do direito fundamental, e essa, por certo, estará submetida ao controle de constitucionalidade material.³¹ Em tal sentido, o direito fundamental social à saúde tem, na CF, um enunciado que permite atribuir ao seu titular tanto posições jurídicas inerentes aos direitos a prestações em sentido estrito – no caso, o direito a tratamento em hospitais e a medicamentos – quanto a prestações em sentido amplo – o direito à edição de leis que regulamentem o Sistema Único de Saúde (SUS).

A identificação de determinado direito fundamental social como direito a uma prestação normativa por parte do Estado – que pode incluir tanto direito de proteção mediante a emissão de norma jurídico-penal,³² quanto o estabelecimento de norma de organização e procedimento – depende, segundo Sarlet, do afastamento preliminar da categoria direito à prestação fática quando da análise da norma correspondente. Nessas condições, verifica-se que a definição de direitos a prestações normativas possui natureza residual.³³

O mais freqüente, no entanto, é a interligação das diversas categorias de direitos a prestações em um único enunciado normativo. Isso significa dizer

³¹ OLSEN, *op. cit.*, p. 56.

³² De acordo com a proposta classificatória de Edilson Farias, as garantias institucionais devem enquadrar-se na categoria dos direitos a prestações jurídicas (ou normativas). Cf. FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação*. Porto Alegre: SAFE, 2008, p. 98-100. Todavia, essa inclusão das garantias constitucionais no grupo dos direitos a prestações jurídicas foi questionada por Sarlet, para quem as garantias institucionais enquadram-se no grupo dos direitos de defesa e não entre os direitos a prestações, uma vez que têm a função precípua “[...] de reforçar a proteção de determinadas instituições contra a ação erosiva do legislador, o que ressalta sua dimensão ao menos preponderantemente defensiva [...]”. Cf. SARLET, 2003a, *op. cit.*, p. 194. Exemplo de garantias institucionais é o matrimônio, a maternidade, a propriedade privada, a autonomia acadêmica etc.

³³ *Ibidem*, p. 201.

que um mesmo direito social poderá investir seu titular tanto em posições jurídicas de exigência de prestações fáticas – uma vaga na rede de ensino público fundamental – como de exigência de prestações normativas – normas que regulamentem o acesso ao ensino público e o funcionamento das escolas ou que determinem a responsabilidade do Estado pelo não cumprimento do mandamento constitucional.

Do até aqui exposto, já é possível concluir que os direitos sociais previstos na CF – sejam aqueles do catálogo dos direitos fundamentais, sejam os dispersos ao longo do texto constitucional – não formam um conjunto homogêneo e não podem, portanto, ser definidos restritivamente como direitos a prestações materiais do Estado. Até porque um mesmo enunciado de direito social ainda poderá investir seu titular, simultaneamente, nas posições de defesa e de exigência de uma determinada prestação fática e/ou normativa, temática que será explorada a seguir.

2.2 Os direitos fundamentais completos

Ao analisar a estrutura das diferentes posições jurídicas nas quais os direitos fundamentais investem seus titulares, Alexy chegou à conclusão que um direito fundamental completo é um feixe de posições jusfundamentais.³⁴ Isso acontece, explica o autor, porque pode haver diversas normas contidas em determinado texto normativo (com estrutura deôntica de defesa e de direito à prestação).³⁵ E essas normas podem investir seu titular em uma gama de posições jusfundamentais, que pode assumir tanto uma posição de exigência de abstenção do Estado, ou seja, de não-afetação da sua situação jurídica, como a de exigência de prestação, no sentido de que deveria o Estado

³⁴ ALEXY, *op. cit.*, p. 249.

³⁵ Nesse sentido, Alexy observa: “Às posições jurídicas sempre correspondem normas que as reconhecem. Nesse sentido, a união de um feixe de posições em um direito fundamental equivale à atribuição de um feixe de normas a uma disposição de direito fundamental”. *Idem*.

fornecer as condições materiais para que o direito em questão fosse exercido.³⁶ A título de exemplo, bastaria aqui referir o direito à moradia, que, na condição de direito a ações positivas, pode servir de fundamento a uma atuação do Estado no sentido de assegurar, mediante determinadas prestações jurídicas ou materiais, o acesso à moradia. E, por outro lado, agora na condição de direito negativo, pode bloquear – negativamente – ações contrárias, como é o caso da vedação da penhora.³⁷

Na doutrina pátria, Pontes de Miranda já havia observado que um mesmo direito poderia implicar várias ações para seu titular, induzindo a concepção multifuncional dos direitos da Constituição de 1967. Segundo ele, até mesmo os direitos de liberdade apresentariam um conteúdo positivo, na medida em que demandariam uma tutela jurisdicional que lhes proporcionasse efetividade, possibilitando o seu exercício ou coibindo ameaças, restrições e limitações por parte dos poderes públicos e de particulares. Nesse sentido, afirmou o jurista:

[...] cabe ao Estado, além de dever abster-se de atos que firam os direitos fundamentais, assegurar a inviolabilidade dêles. A insuficiência da teoria da liberdade *contra* o Estado caracterizou-se no fato de ser o Estado assegurador, também, da liberdade, sendo êsse um dos seus fins; tanto quanto a excessividade da teoria da liberdade *no* Estado desatendia ao fato de dever o Estado abster-se de invadir a esfera da liberdade.³⁸

Na doutrina portuguesa, Andrade compartilha o mesmo entendimento:

³⁶ OLSEN, *op. cit.*, p. 57.

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In*: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 551-602, p. 556.

³⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1967: com a emenda n.1 de 1969*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970-1972, v.4, p. 662. [*grifo tal qual o original*].

[...] num mesmo direito fundamental unitariamente designado podemos encontrar combinados poderes de exigir um comportamento negativo (das potências públicas) com poderes de exigir ou de pretender prestações positivas, jurídicas ou materiais, ou com poderes de produzir efeitos jurídicos na esfera de outrem, poderes que têm muitas vezes recortes diferentes e aos quais correspondem, conforme os casos, deveres de abstenção ou de não-intromissão, deveres de prestação ou de acção ou sujeições (deveres de tolerar). Por outro lado, os sujeitos passivos dos direitos podem ser, simultaneamente, mas em medida diversa, o legislador, a administração, o poder judicial ou, em certos casos, entidades privadas; tal como deparamos em certos direitos com faculdades ou poderes que cabem a todos os indivíduos, a par de outros que pertencem apenas aos que fazem parte de grupos específicos ou serão mesmo próprio de entidades colectivas ou comunidades.³⁹

A união de um feixe de posições em um direito fundamental, todavia, contempla somente um dos aspectos de um conceito inteiramente desenvolvido de direito fundamental completo, que, segundo Alexy, é composto de elementos de estrutura bem definida – das posições individuais do cidadão e do Estado – e entre essas posições há relações: (i) de especificação, (ii) de meio-fim e (iii) de sopesamento.⁴⁰ Um exemplo da relação de especificação é aquela entre a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa e o direito a uma indenização compensatória, nos termos de lei complementar (CF, art. 7.º, I). Uma relação meio-fim, por sua vez, diz respeito à incorporação de posições procedimentais no direito fundamental,⁴¹ como, por exemplo, a obrigatoriedade de inquérito judicial para a dispensa por justa causa dos dirigentes sindicais (CLT, arts. 494 e 853 a 855; TST, Súmula 379). Alexy, entretanto, considera mais interessante do que as anteriores a relação de sopesamento. O autor explica que ela pode desempenhar um papel no âmbito da relação de especificação, na fundamentação de uma definição de

³⁹ Cf. ANDRADE, *op. cit.*, p. 188-9. Não deve passar aqui sem menção a distinção entre direitos sociais dos trabalhadores e direitos sociais em geral, já que os primeiros podem, em princípio, ser considerados uma categoria específica desses, na medida em que sua titularidade – ao contrário dos direitos sociais em geral (saúde, educação, assistência social etc.) – se encontra restrita à classe trabalhadora, além de terem como destinatários, principalmente, as entidades privadas.

⁴⁰ ALEXY, *op. cit.*, p. 253

⁴¹ *Ibidem*, p. 251.

significado e também no âmbito de uma relação meio-fim, na identificação e na exclusão de fins ou, ainda, na exclusão de meios. Mas ela pode também existir fora dessas relações. Segundo Alexy, a relação de sopesamento consiste na relação – que corresponde à lei de colisão – entre uma posição *prima facie* e uma posição definitiva. Para passar de uma para outra, é necessário estabelecer a relação da posição *prima facie* com outras posições *prima facie* e com princípios que não dizem respeito a posições jurídicas individuais, mas a interesses coletivos.⁴² Nesse sentido, por exemplo, a exigência de processo seletivo daqueles que irão se colocar à disposição da Administração Pública (CF, art. 37, II) impõe limites ao dever estatal de realizar um grau possível da liberdade de trabalhar, que resultam da confluência das pretensões de diversos titulares de direitos fundamentais (de modo a não beneficiar, arbitrariamente, alguns em detrimento de outros) e da consideração de outro interesse significativo da comunidade (a excelência dos serviços prestados à coletividade). Assim, é possível concluir que um direito fundamental completo é um feixe de posições definitivas e *prima facie*, relacionadas entre si por meio das três formas apresentadas e que são atribuídas a um direito fundamental.

Importa ainda consignar que, vistas as coisas sob o ângulo da classificação tradicional dos direitos sociais – exclusivamente como direitos a prestações materiais do Estado – o fato de a CF prescrever, por exemplo, o direito ao trabalho como um direito social fecharia todas as possibilidades de se avançar para além da função unanimemente recusada do direito a um posto de trabalho. Assim, tal conteúdo ou significado não é representativo de todas as posições definitivas e *prima facie* subjacentes ao direito ao trabalho, que, a exemplo de outros direitos fundamentais sociais previstos na Constituição de 1988, identifica-se com a noção de direito fundamental completo, como concebida por Alexy. De modo que do direito fundamental ao trabalho se originam diferentes direitos especiais que, não obstante integrem a idéia do direito ao trabalho, podem muito bem funcionar autonomamente, como, por exemplo, a liberdade de escolha da profissão, o direito a um salário justo, a

⁴² *Ibidem*, p. 252.

condições de trabalho adequadas, à proteção para determinados grupos de pessoas, ao descanso, ao seguro-desemprego, ao direito de livre associação profissional e sindical etc.⁴³

Por essa e outras razões, a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações não está isenta de críticas. Todavia, há que se ponderar a partir de que ângulo essas críticas são lançadas, para que se possa aquilatar a sua real utilidade a uma concepção constitucionalmente adequada de direitos sociais.

2.3 A crítica à classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações

Na doutrina brasileira, é cada vez mais prestigiada a tese sustentada por Stephen Holmes e Cass Sunstein de que todos os direitos são positivos, indicando uma superação da já tradicionalmente aceita classificação dos direitos fundamentais em direitos negativos (direitos de defesa) e direitos positivos (direitos a prestações). Esses autores sustentam que nem mesmo o direito à propriedade é puramente negativo, pois ela é criada e garantida pelo Estado, e não apenas reconhecida por ele. Como exemplo paradigmático, eles narram o caso de um incêndio ocorrido em agosto de 1995, em Westhampton, em que o direito de propriedade (tradicionalmente concebido como direito de defesa) somente foi assegurado mediante prestações dos poderes públicos, que garantiram as forças necessárias para conter o fogo e preservar os imóveis em perigo.⁴⁴

⁴³ Nesse sentido, Fábio Rodrigues Gomes observa “ser o direito ao trabalho [sob as lentes da dogmática constitucional contemporânea] um direito fundamental como um todo (funcionando como ‘retaguarda argumentativa’ para suas parcelas normativas, ao lhes conferir uma proteção reforçada)”. Cf. GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 92.

⁴⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton, 1999, p. 13-4.

Além disso, esses autores observam que há toda uma estrutura burocrática mantida pelo Estado para afiançar o exercício dos direitos negativos. De modo que, em sua opinião, a expressão “respeito à propriedade” conduz a uma compreensão equivocada do fenômeno. *“A liberal government must refrain from violating rights. It must ‘respect’ rights. But this way of speaking is misleading because it reduces the government’s role to that of a nonparticipant observer”*.⁴⁵ Assim, para Holmes e Sunstein, o que há são direitos positivos com dimensões negativas.

Com base no pensamento desses autores, Flávio Galdino identifica cinco momentos em que se situaria a doutrina brasileira acerca da classificação dos direitos fundamentais em direitos a prestações (positivos) e direitos de defesa (negativos):

(I) modelo teórico da indiferença: o caráter positivo da prestação estatal e o respectivo custo são absolutamente indiferentes ao pensamento jurídico; (II) modelo teórico do reconhecimento: reconhecimento institucional de direitos a prestações (ditos sociais), o que implica reconhecer direitos positivos; ao mesmo tempo afasta-se a exigibilidade desses novos direitos; (III) modelo teórico da utopia: a crítica ideológica e a crença em despesas sem limite igualam direitos negativos e positivos, a positividade dos direitos sociais permanece reconhecida, mas o elemento custo é desprezado; (IV) modelo teórico da verificação da limitação dos recursos: o custo assume caráter fundamental, de tal arte que, mantida a tipologia positivo/negativo, tem-se a efetividade dos direitos sociais como sendo dependente da reserva do possível; (V) a superação dos modelos anteriores: tem-se por superada essa tradicional tipologia positivo/negativo dos direitos fundamentais.⁴⁶

Galdino defende a superação da tradicional classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, para assumir que todos os direitos têm uma dimensão positiva, seja mediante provocação (por

⁴⁵ *Ibidem*, p. 60.

⁴⁶ GALDINO, *op. cit.*, p. 233-4.

meio do Poder Judiciário), seja espontaneamente (utilizando-se a atuação do poder de polícia ou das instituições administrativas).⁴⁷

Com efeito, a partir da noção de direito fundamental completo não mais se sustenta a teoria de que existem direitos fundamentais exclusivamente positivos (prestacionais) e outros negativos (de defesa), nem mais se pode afirmar que exista uma dicotomia entre essas duas funções, na medida em que já se assumiu que ambas as dimensões se completam e, no caso concreto, podem ser extraídas de um mesmo direito fundamental.⁴⁸

Por outro lado, ainda é possível falar em direitos fundamentais que apresentem o caráter “prevalentemente” negativo ou positivo.⁴⁹ Como exemplificação, vale destacar o direito à liberdade de expressão, que, embora possibilite deduzir um direito subjetivo à prestação que assegure os meios para o seu exercício, representa, predominantemente, o direito a uma abstenção do Estado e da empresa particular, no sentido de que esses não poderão impedir ou embaraçar a livre manifestação do pensamento. Em outros termos, ainda que se possa deduzir do direito à liberdade de expressão (prevalentemente negativo) uma posição jurídico-subjetiva positiva, ele se mantém como direito de defesa.⁵⁰

⁴⁷ *Ibidem*, p. 270-1.

⁴⁸ Nesse sentido, as anotações de Celso Lafer: “É, no entanto, da convergência entre as liberdades clássicas e os direitos de crédito que depende a viabilidade da democracia no mundo contemporâneo, apesar da heterogeneidade de suas origens, e é por essa razão que entendo que esta desarmonia em relação ao papel do estado na sociedade, na passagem da primeira à segunda geração de direitos obedece [...] a uma dialética que subordina a contradição à complementaridade, pois as duas gerações de direitos baseiam-se na intuição da irredutibilidade do ser humano ao todo do seu meio social, e no pressuposto de que a sua dignidade se afirmará com a existência de mais liberdade e menos privilégios”. Cf. LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 130.

⁴⁹ Clémerson Clève argumenta que a utilização da expressão “prevalentemente” justifica-se “quando se percebe que a ação do Estado no domínio das liberdades é também positiva: ele promulga a lei, define o regime jurídico de cada liberdade, controla o seu exercício (por meio da administração e da jurisdição), sanciona sua violação etc.” Cf. CLÈVE, Clémerson Merlin. Sobre os direitos do homem. *In*: CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de direito constitucional: (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 121-7, p.126.

⁵⁰ OLSEN, *op. cit.*, p. 61.

Galdino ainda observa que a distinção entre direitos a prestações e direitos de defesa, muitas vezes, é utilizada pela doutrina e pelos tribunais para justificar uma maior justiciabilidade dos direitos individuais em detrimento dos direitos sociais. As razões mais freqüentemente apresentadas são: (i) os direitos sociais teriam baixa determinabilidade normativa, dependendo, em muitos casos, da concretização legislativa; e (ii) seriam dispendiosos, razão pela qual estariam na dependência da reserva orçamentária e da existência de recursos financeiros disponíveis. Enquanto os direitos individuais: (i) têm seu conteúdo integralmente determinado na norma jusfundamental; e (ii) dependem tão-somente de uma abstenção do Estado, o que não geraria despesas. E argumenta que essa posição doutrinária e jurisprudencial não mais se sustenta, na medida em que, em maior ou menor grau, todos os direitos dependem de recursos financeiros do Estado para se mostrarem efetivos.⁵¹

Não bastasse, existem direitos sociais de defesa que também dependem da atuação do legislador – como é o caso, por exemplo, do direito de greve (CF, art. 9.º, § 1.º), que investe seu titular na posição de exigir uma prestação normativa do Estado.⁵²

Ora, que tais constatações não tornam obsoleta, tampouco equivocada, a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, afigura-se como evidente, especialmente quando se tem em mente a distinção entre texto normativo (enunciado semântico) e norma (resultado da interpretação do texto), de acordo com a qual pode haver mais de uma norma contida em determinado texto, bem como normas sem texto expresso que lhe corresponda diretamente, como, por exemplo, o princípio da segurança jurídica e da certeza do direito.⁵³ O fato é que de certo texto normativo há como extrair

⁵¹ GALDINO, *op. cit.*, 279-81.

⁵² CF, art. 9.º “É assegurado o direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender. § 1.º A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade”.

⁵³ Nesse sentido, o exemplo apresentado por Humberto Ávila: na declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto, “o Supremo Tribunal Federal, ao proceder ao exame de constitucionalidade das normas, investiga os vários sentidos que compõem o significado de determinado dispositivo, declarando, sem mexer no texto, a inconstitucionalidade

uma norma (ou normas) que pode (ou não) atribuir uma determinada posição jurídico-subjetiva ao seu titular, cujo objeto poderá ser a exigência de uma determinada prestação ou uma proibição de intervenção.⁵⁴

Além disso, entende-se questionável a posição que elimina a classificação dos direitos fundamentais, porquanto, conforme apontado por Sarlet, um Juiz não irá – uma vez presente os pressupostos – deixar, por exemplo, de conceder uma ordem de *Habeas Corpus* ou recusar-se a assegurar o direito de propriedade contra alguma violação, pelo simples fato de não haver uma estrutura adequada disponível ou com base no argumento de que o Estado não dispõe de recursos suficientes.⁵⁵ E há ainda a questão de que o gasto efetuado pelo Estado para garantir os direitos negativos não implica negar a existência desses, e sim garantir sua efetividade, pois o custo é decorrente de o Estado ter tomado para si a tutela desses direitos, sendo vedada (e punida) a tutela particular, a exceção de agir-se em legítima defesa.⁵⁶

Por essas razões, este trabalho manter-se-á fiel ao projeto expressamente veiculado pelo legislador Constituinte, no sentido de que também são sociais os direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade, mesmo que, para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face não somente do poder estatal, mas também dos poderes privados. Nesse sentido, a advertência de Steinmetz:

[...] em regra, o que pauta os poderes privados é a realização do auto-interesse, a máxima otimização de vantagens. Na sociedade brasileira – uma das campeãs mundiais em

daqueles que são incompatíveis com a Constituição Federal. O dispositivo fica mantido, mas as normas construídas a partir dele, e que são incompatíveis com a Constituição Federal, são declaradas nulas. Então há dispositivos a partir dos quais se pode construir mais de uma norma”. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7.ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 30-1.

⁵⁴ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 555-6.

⁵⁵ SARLET, 2003a, *op. cit.*, p. 215

⁵⁶ MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 51-2.

desigualdades sociais e em outros tipos de mazelas sociais -, a 'lógica privada' é predominantemente uma 'lógica da exclusão'. De fato, os poderes privados, se não limitados e controlados, são uma ameaça real à realização do projeto de sociedade delineado pela CF.⁵⁷

O que, por outro lado, não impede que os direitos sociais a prestações possam ser objeto de tratamento diferenciado dos direitos sociais de defesa, notadamente quanto às suas possibilidades de efetivação, inclusive no concernente ao problema de sua eficácia nas relações jurídicas entre particulares, aspecto que será desenvolvido no terceiro capítulo deste estudo.

Por último, para além da controvérsia gerada pela definição de que seriam sociais apenas os direitos cujo objeto é a garantia de uma prestação material do Estado – o que já indica a complexidade e diversidade dos direitos sociais, inclusive em aspectos não diretamente vinculados à sua condição de direitos fundamentais – ainda é preciso investir na problemática da sua fundamentalidade,⁵⁸ adiantando-se que também nessa matéria não há como adotar posição manifestamente divorciada do Direito Constitucional positivo brasileiro.

2.4 A fundamentalidade formal e material dos direitos sociais

⁵⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 91.

⁵⁸ Segundo Andreas Krell, “muitos autores e juizes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, de ensino, de moradia ou alimentação. Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social. A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos”. Cf. KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 23.

A noção de direitos fundamentais reconhecidos e assegurados por determinada Constituição encontra-se necessariamente vinculada ao que se tem designado de dupla fundamentalidade (formal e material),⁵⁹ nomeadamente à circunstância de que, na ótica do legislador Constituinte, expressa ou implicitamente enunciada, cuida-se de bens jurídicos dotados de suficiente relevância e essencialidade a ponto de merecerem uma proteção jurídica e normatividade reforçada em relação até mesmo às demais normas constitucionais, especialmente no que se refere à sua exclusão do âmbito da disponibilidade plena dos poderes constituídos.⁶⁰

Com efeito, a fundamentalidade formal tem sido considerada, num primeiro momento, como resultado da decisão expressa do legislador Constituinte em assegurar às normas de direitos e garantias fundamentais uma aplicabilidade imediata (art. 5.º, § 1.º, da CF), que, desde logo, vai compreendida no sentido de que as normas de direitos fundamentais devem, em princípio, ter o *status* de normas de eficácia plena, que impõe aos poderes públicos o dever de otimização (maximização) da sua eficácia e efetividade.⁶¹ Além disso, um dos esteios da fundamentalidade formal, ao menos em nossa Constituição, é justamente a circunstância de os direitos fundamentais (ou, pelo menos parte deles, segundo entendem alguns doutrinadores) terem sido

⁵⁹ Nesse sentido, a definição de Miranda: “Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou posições jurídicas subjectivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*. Cf. MIRANDA, *op. cit.*, p. 7.

⁶⁰ Sarlet propõe a seguinte definição: “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)”. Cf. SARLET, 2003a, *op. cit.*, p. 85. No mesmo sentido a definição de Robert Alexy, para quem os direitos fundamentais podem ser definidos como aqueles direitos “que são, do ponto de vista do direito constitucional, tão importantes que a decisão sobre eles não possa ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”. Cf. ALEXY, *op. cit.*, p. 448.

⁶¹ SARLET, 2003a, *op. cit.*, p. 249.

expressamente erigidos à condição de “cláusulas pétreas” (CF, art. 60, § 4.º, IV).⁶²

O problema que aqui assume papel de destaque diz essencialmente com a fundamentalidade material dos direitos sociais, já que a doutrina, em termos gerais, se divide entre: (i) os que reconhecem a todas as normas de direitos fundamentais, inclusive sociais, a proteção formalmente assegurada pela Constituição; (ii) os que sustentam que apenas parte dos direitos sociais expressa ou implicitamente assegurados seriam materialmente fundamentais, de tal sorte que apenas esses comungariam da proteção e normatividade reforçada decorrentes da fundamentalidade formal; e (iii) os que negam a fundamentalidade material dos direitos sociais em geral, distinguindo os direitos fundamentais dos direitos sociais, de modo que o regime “pleno” da fundamentalidade formal e material apenas àqueles seria aplicável.⁶³

Desde logo, firma-se posição em torno da tese de que – pelo menos no âmbito do sistema de Direito Constitucional positivo brasileiro – todos os direitos sociais são fundamentais, sejam eles expressos ou implícitos, ou mesmo decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, estejam ou não sediados no catálogo dos direitos fundamentais, ou mesmo localizados nos tratados internacionais de direitos humanos regularmente firmados e incorporados pelo Brasil.⁶⁴

Tal posição, no entanto, não afasta os problemas teórico-práticos vinculados ao reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais e, portanto, da fixação de parâmetros para a assim designada constitucionalização da ordem jurídica privada, já que persiste, por exemplo, a necessidade de se discutir quando se está, de fato, diante de uma norma de

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição. *In*: SARLET, *op. cit.*, 2003b, p. 334.

⁶³ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 560.

⁶⁴ Segundo a definição do art. 2.º, n. I alínea “a” da Convenção de Viena de 1969 (Lei dos Tratados), o termo tratado significa “um acordo internacional celebrado por escrito entre Estado e regido pelo Direito Internacional, constante de um instrumento único ou de dois ou mais instrumentos conexos e qualquer que seja sua denominação particular”.

direito materialmente fundamental.⁶⁵ Da mesma maneira, remanesce a controvérsia – em parte acirrada pela introdução do § 3.º no art. 5.º da CF – a respeito da forma de incorporação e da própria hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica nacional.⁶⁶

Assim, dentre as normas que definem o regime jurídico dos direitos fundamentais, inclusive sociais, três cláusulas merecem destaque: (i) a que admite a integração da CF com outros direitos decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais regularmente firmados pelo Brasil; (ii) a que assegura, em termos de eficácia jurídica, a aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais; e (iii) aquela que fixa pelo menos parte dos direitos e garantias fundamentais (conforme entendem alguns doutrinadores) como limite ao poder de reforma da Constituição. A exegese dessas normas – insertas nos arts. 5.º, §§ 1.º e 2.º, e 60, § 4.º, IV, da CF – será objeto das considerações que se seguem.

2.4.1 O conceito material de direitos fundamentais sociais

Apesar da viabilidade de um apelo ao Direito Natural (ao valor e à dignidade da pessoa humana, a direitos derivados da natureza do homem ou da natureza do Direito) – o que, contudo, escapa aos limites deste estudo –, é preciso ter como certo que a construção de um conceito material de direitos fundamentais sociais (assim como dos demais direitos fundamentais e da própria Constituição) somente pode ser exitosa em se considerando a ordem

⁶⁵ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 560-61.

⁶⁶ A respeito da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica nacional, salienta Flávia Piovesan: “Desde logo, há que se afastar o entendimento de que, em face do parágrafo 3.º do art. 5.º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* qualificado de três quintos, demandado pelo aludido parágrafo. [...] Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação”. Cf. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito internacional*. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 72.

de valores dominante (no sentido de consensualmente reconhecida no meio social), bem como as circunstâncias sociais, políticas, econômicas e culturais de uma dada ordem constitucional em dado momento histórico.⁶⁷

Importante, nesse contexto, é a constatação de que o reconhecimento da diferença entre fundamentalidade formal e material traduz a idéia de que o direito constitucional brasileiro (assim como o lusitano) aderiu a certa ordem de valores e princípios, que, por sua vez, não se encontra na dependência do legislador Constituinte, pura e simplesmente, mas que também encontra respaldo na concepção de Constituição dominante, na idéia de Direito, no sentimento jurídico coletivo (conforme se entender, considerando que são expressões que correspondem a correntes filosófico-jurídicas distintas). Assim, muito difícil, senão impossivelmente, poder-se-á julgar que tal concepção, idéia ou sentimento não assente num mínimo de respeito pela dignidade do homem concreto.⁶⁸ De qualquer forma, como observa Jorge Miranda:

[...] quando, porém, tal concepção, tal idéia ou tal sentimento se traduza numa Constituição material pouco favorável aos direitos das pessoas, compressoras delas ou negadora de direitos que, noutras partes do mundo, ou que, à luz de uma consciência universal, deveriam ser reconhecidos, o que está em causa não é o elenco dos direitos fundamentais em si; o que está em causa é a deficiência dessa Constituição material em confronto com outras, o carácter do regime político correspondente, a situação de opressão ou alienação em que viva certo povo. Uma noção como a proposta, longe de indiferente à realidade, permite, pois, submetê-la a um juízo crítico. Situando os direitos fundamentais no contexto da Constituição material, permite apercebê-los à luz dos princípios e dos factores de legitimidade de que dependem.⁶⁹

⁶⁷ Nesse sentido, Jorge Miranda observa que os direitos fundamentais podem ser “entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e econômicas e das circunstâncias de cada época”. Cf. MIRANDA, *op. cit.*, p. 9-10.

⁶⁸ “O que significa que, ao cabo e ao resto, poderá encontrar-se, na generalidade dos casos, com maior ou menos autenticidade, a proclamação de direitos postulados pelo Direito Natural – para quem o acolha – e de vocação comum a todos os povos”. *Idem*.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 11.

Estipulados tais pressupostos teóricos, pode-se passar ao exame das possíveis compreensões inferidas do art. 5.º, § 2.º, da CF. Desde logo, esclarece Sarlet que se cuida de regra tradicional no constitucionalismo brasileiro, inspirada na IX Emenda à Constituição norte-americana, por meio da qual se admite a existência de outros direitos que, pelo conteúdo que apresentam, pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, ainda que não previstos explicitamente.⁷⁰ Trata-se da vedação do princípio hermenêutico *inclusio unius alterius est exclusius*, a significar que “na Constituição também está incluído o que não foi expressamente previsto, mas implícita e indiretamente pode ser deduzido”.⁷¹ Ainda, na síntese de Freitas, o art. 5.º, § 2.º, da CF consubstanciaria “autêntica norma geral inclusiva”.⁷²

Assim, com base no entendimento que subjaz ao art. 5.º, § 2.º, da CF, pode-se, desde logo, cogitar duas espécies de direitos fundamentais. De um lado, a dos que estão ancorados na Constituição formal, abrangendo: (i) os expressos no catálogo dos direitos fundamentais; (ii) os subentendidos (implícitos) nas normas definidoras de direitos e garantias fundamentais; (iii) os que – constem ou não do texto constitucional – sejam decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; e (iv) os insculpidos nos tratados internacionais de direitos humanos incorporados por meio de emenda constitucional (CF, art. 5.º, § 3.º). De outra parte, há a segunda, dos que não têm assento no texto constitucional, compreendendo os direitos enunciados nos tratados internacionais de direitos humanos internalizados sem o *status* de emendas constitucionais. Nesse sentido, salienta Flávia Piovesan:

[...] por força do art. 5.º, § 2.º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quórum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O quórum qualificado está tão somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro

⁷⁰ O IX Aditamento (de 1791) à Constituição dos Estados Unidos influenciou outras ordens constitucionais, de modo especial a Constituição brasileira de 1891 e a Constituição portuguesa de 1911. Cf. SARLET, 2003a, *op. cit.*, p. 86.

⁷¹ *Ibidem*, p. 87.

⁷² FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 206.

formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. [...] Este trabalho insiste na tese de que o novo dispositivo do art. 5.º, § 3.º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial. [...] Logo, para que os tratados de direitos humanos a serem ratificados obtenham assento formal na Constituição, requer-se a observância de quorum qualificado de três quintos dos votos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos – que é justamente o quórum exigido para a aprovação de emendas à Constituição, nos termos do art. 60, § 2.º, da Carta de 1988. Nessa hipótese, os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais são equiparados às emendas à Constituição, isto é, passam a integrar formalmente o Texto Constitucional. [...] Vale dizer, com o advento do § 3.º do art. 5.º surgem duas categorias de tratados internacionais de proteção de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força do § 2.º do art. 5.º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3.º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.⁷³

Todavia, o reconhecimento de direitos fundamentais não-escritos no catálogo dos direitos fundamentais não dispensa o exame de critérios materiais para a justificação, no caso em particular, de uma fundamentalidade, pois, repita-se, somente serão afirmados como tais os direitos que traduzam a ordem de valores consensualmente aceita por determinada comunidade. Nesse sentido, o primeiro critério de equiparação é o da substância, na medida em que o direito equiparado deve guardar relação com os elementos comuns ao conteúdo de todos os direitos fundamentais, e não de um ou outro dispositivo isolado. O segundo critério é o da importância, o que significa que o direito equiparado aos fundamentais deve ter a mesma dignidade que aquela atribuída pela comunidade, em dado momento histórico, aos direitos fundamentais explícitos. Dessa forma, pode-se deduzir do art. 5.º, § 2.º, da CF, que:

⁷³ PIOVESAN, *op. cit.*, p. 72-79.

[...] toda e qualquer posição jurídica, seja ela enquadrada na noção de direitos implícitos ou decorrentes, seja ela encontrada na Constituição (fora do catálogo), ou em algum tratado internacional, deverá, para ser considerada autêntico direito fundamental, equivaler – em seu conteúdo e dignidade – aos direitos fundamentais do catálogo.⁷⁴

Ainda, no que concerne especificamente aos direitos implícitos e aos direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela CF, Sarlet aponta alguns aspectos distintivos. Em relação aos direitos implícitos, o autor entende que sua dedução independa do fato de existir ou não norma permissiva em tal sentido,⁷⁵ porquanto a própria norma de direito fundamental reconhece – ainda que não expressamente – o direito nela subentendido, por exemplo: o indivíduo a tem, em face do Estado e também do particular, um direito (negativo) a que esses não afetem a sua saúde (CF, art. 6.º).⁷⁶ Quanto ao segundo grupo, Sarlet observa que são posições jurídicas material e formalmente fundamentais que – constem ou não do texto constitucional – podem ser diretamente deduzidas do regime e dos princípios fundamentais da Constituição, considerados como tais aqueles previstos no Título I (CF, arts. 1.º a 4.º).⁷⁷

Andrade, no entanto, defende a existência de direitos apenas formalmente fundamentais, que seriam os constantes no catálogo, mas que, por sua substância e importância, não se enquadrariam no conceito material de direitos fundamentais.⁷⁸ Em sentido diverso, Jorge Miranda sustenta que “todos

⁷⁴ SARLET, 2003a, *op. cit.*, p. 98.

⁷⁵ Sarlet adverte: “Por derradeiro, convém atentar para a circunstância de que a existência de direitos fundamentais implícitos, no sentido ora emprestado ao termo, mesmo que possa, sob certo ponto de vista, ser tida como abrangida pela norma contida no art. 5.º, § 2.º, da nossa Carta, dela não depende”. *Ibidem*, p. 99.

⁷⁶ Direito concretizado no art. 2.º da Lei n. 9.294/96, que proíbe fumar em recinto coletivo, privado ou público, salvo em área destinada exclusivamente a esse fim, devidamente isolada e com arejamento conveniente.

⁷⁷ SARLET, 2003a, *op. cit.*, p. 99.

⁷⁸ ANDRADE, *op. cit.*, p. 78.

os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material”.⁷⁹ Partidário deste entendimento, Sarlet acrescenta:

[...] ainda que se aceite a tese de Vieira de Andrade, o fato de existirem direitos apenas fundamentais em sentido formal não autoriza que sejam tratados de forma diversa, visto que continuam protegidos pelo mesmo regime dos demais, de tal sorte que a distinção, neste contexto, se revela destituída de maior importância prática.⁸⁰

Por todo o exposto, reitera-se a posição de que são materialmente fundamentais, na ordem constitucional brasileira, todos os direitos sociais expressos no catálogo dos direitos fundamentais e, observados os critérios da substância e da importância, todos os direitos sociais: (i) insculpidos nos tratados internacionais de direitos humanos regularmente incorporados; (ii) os implícitos nas normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais e (iii) os que – constem ou não do texto constitucional – sejam decorrentes dos princípios e regime adotados pela CF, tais como os valores sociais do trabalho (art. 1.º, IV) e os objetivos fundamentais da construção de uma sociedade justa, livre e solidária (art. 3.º, III) ou da erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3.º, III), enfim, que consagram, entre nós, a concepção do Estado Social.

Como corolário dessa decisão hermenêutica em prol da fundamentalidade material dos direitos sociais no sistema de Direito Constitucional positivo nacional, e por mais que se possa, e até mesmo se deva, a depender das circunstâncias e a partir de uma exegese sistemática, reconhecer possíveis diferenças de tratamento (notadamente quanto às possibilidades de sua efetivação) os direitos sociais – por serem materialmente fundamentais – comungam do regime da fundamentalidade também no que diz com a sua vertente formal.⁸¹ E é, pois, justamente por reconhecer o regime

⁷⁹ MIRANDA, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁰ SARLET, 2003a, *op. cit.*, p. 89, nota 195.

⁸¹ Todavia, compartilhamos o entendimento, esboçado por Sarlet, “em prol da necessidade de prévia chancela do legislador como requisito para a internalização dos tratados (a partir de uma

pleno da fundamentalidade dos direitos sociais que, na seqüência, se estará a examinar a norma prevista no art. 5.º, § 1.º, da CF.

2.4.2 A aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais sociais

A cláusula da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, explicitada nos textos constitucionais do segundo pós-guerra,⁸² tem por escopo reforçar a normatividade desses direitos, evidenciando a sua natureza de direitos constitucional e, mais do que isso, a sua força normativa autônoma, independentemente de lei concretizadora.⁸³

No sistema jurídico brasileiro, a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais está consagrada no art. 5.º, § 1.º, da CF – que, relativamente a essa especial normatividade, deve articular-se com as normas de processo legislativo dificultado das emendas constitucionais, seja quanto às questões procedimentais (em sentido amplo, art. 60, *caput* e §§ 1.º a 3.º, da CF), seja no que concerne aos limites materiais (de conteúdo) ao poder de reforma constitucional (CF, art. 60, § 4.º). Na síntese de Canotilho, pela garantia da aplicabilidade imediata, torna-se claro que “são as leis que se movem dentro dos direitos fundamentais e não os direitos fundamentais a moverem-se no âmbito das leis”.⁸⁴

Reforça Lobato que a disposição segundo a qual as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata deve ser

exegese tópico-sistemática das normas contidas no art. 5.º, §§ 2.º e 3.º, em combinação com o art. 84, inciso VIII, da CF), bem como da hierarquia constitucional dos direitos previstos nos tratados regularmente incorporados, seja na condição de materialmente constitucionais (e, portanto, fundamentais), seja na condição de formal e materialmente constitucionais, no caso de virem a ser incorporados por emenda à Constituição”. Cf. SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 561.

⁸² Nesse contexto, vale citar o art. 18/1 da Constituição portuguesa de 1976, o art. 332 da Constituição do Uruguai, o art. 1.º, inc. III, da Lei Fundamental da Alemanha e o art. 53.1 da Constituição espanhola de 1978. Cf. SARLET, 2003a, *op. cit.*, p. 247.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 146

⁸⁴ *Ibidem*, p. 149

interpretada “no sentido da afirmação ou reconhecimento de verdadeiros direitos subjetivos, estando o poder público obrigado a atuar no sentido de sua realização, superando obstáculos, organizando serviços públicos, editando leis”, enfim, realizando as ações necessárias à plena efetivação dos direitos fundamentais.⁸⁵

Consoante Sarlet, trata-se de um mandado de otimização (ou maximização) de natureza principiológica, que impõe ao aplicador do Direito a tarefa de atribuir a máxima eficácia possível às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, devidamente sopesadas as circunstâncias do caso em questão. Em função disso, essa cláusula gera uma presunção em favor da aplicabilidade imediata e da plena eficácia de todas as normas jusfundamentais, a determinar um dever de argumentação ampla para respaldar eventual entendimento diverso no caso concreto.⁸⁶ Por outro prisma, o art. 5.º, § 1.º, ainda representa uma cláusula de vinculação aos direitos fundamentais, deixando-os fora da esfera de alcance dos Poderes Públicos e dos particulares e aplicando-se, em consequência, tanto aos órgãos dos três poderes do Estado (Legislativo, Executivo e Judiciário), como às relações privadas.⁸⁷

Assim, no que diz respeito à dimensão defensiva dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que suas normas gozam de plena eficácia, gerando direito subjetivo originário ao seu titular e evidenciando, assim, que a edição de lei conformadora não é absolutamente indispensável à sua fruição. Nesse sentido, o art. 5.º, § 1.º, da CF alberga não só a tutela dos denominados “direitos de liberdade”, mas de grande parte dos sociais, sobretudo daqueles previstos na forma de “liberdades sociais” (por exemplo, os direitos de greve e

⁸⁵ LOBATO, Anderson Cavalcante. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1999, v. 32, n. 86, set./dez., p. 5-24, p. 15-16.

⁸⁶ Sarlet afirma: “[...] ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que eventual recusa de sua aplicação, em virtude da ausência de ato concretizador, deverá ser necessariamente fundamentada e justificada [...]”. Cf. SARLET, 2003a, *op. cit.*, p. 258.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 353.

liberdade sindical). Tais direitos apresentam precipuamente função defensiva, sendo reconduzíveis a um *status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*, protegendo o indivíduo contra ingerências indevidas do Estado e das pessoas privadas detentoras do poder social.⁸⁸

A presunção de aplicabilidade imediata vale também para os direitos fundamentais a prestações em sentido amplo (direitos à proteção e direitos à participação na organização e no procedimento) e em sentido restrito (direitos a prestações materiais). Nesse ponto, impende recordar a distinção feita entre direitos originários e derivados a prestações quanto ao reconhecimento de posições subjetivas exigíveis com fundamento imediato na norma constitucional, prescindindo, portanto, de norma reguladora – no caso dos direitos originários – ou de posições jurídicas que se tornam justiciáveis somente mediante a atuação conformadora do legislador infraconstitucional – hipótese dos direitos derivados.⁸⁹

Consoante Canotilho, em termos teóricos, é plenamente possível cogitar de um direito subjetivo originário prestacional *lato sensu*, como garantia de procedimento, citando a tese de Helmut Goerlich, para quem todo direito fundamental pressupõe um suporte procedimental/processual e, por isso “reconhecer um direito material constitucional implica, necessariamente, reconhecer um *direito subjectivo do procedimento/processo*, como indispensável para garantir a eficácia do direito material”. Canotilho, entretanto, adverte que talvez não seja legítimo afirmar, pelo menos em abstrato, que “a um *dever do Estado*, no sentido de ‘criar’ e ‘assegurar’, sob o ponto de vista processual/procedimental, a eficácia (efectividade) de um direito corresponda sempre um *direito subjectivo do particular ao processo e procedimento*” –

⁸⁸ *Ibidem*, p. 208.

⁸⁹ CANOTILHO, 2000, *op. cit.*, p. 467-69.

especialmente porque a realização do direito pode dar-se, ou por outras prestações não procedimentais, ou mesmo pela intervenção de particulares.⁹⁰

Ainda, no que diz aos direitos sociais a prestações materiais, doutrina e jurisprudência brasileira tendem a admitir, embora não totalmente, a existência de um direito originário às prestações que integrem o mínimo existencial,⁹¹ estabelecido *in concreto* e por meio da ponderação entre as condições do titular do direito e o estágio de desenvolvimento social e econômico alcançado pela sociedade, superando, com isso, a noção de mínimo à subsistência (mínimo vital). Além disso, a jurisprudência pátria parece inovar bastante em relação à tutela concedida em outros ordenamentos, pelo menos quanto a prestações na área da saúde. É visível o reconhecimento de um direito originário a prestações referente ao fornecimento de medicamentos, à obtenção de tratamento médico, à reserva de leito em hospitais, entre outros.⁹²

Não bastasse, embora ausentes a legislação e os procedimentos de implementação dos direitos fundamentais sociais a prestações materiais, e a despeito dos custos financeiro-orçamentários envolvidos, as normas definidoras de direitos fundamentais sempre geram efeitos mínimos, muitos dos quais decorrentes da dimensão objetiva que se lhes reconhece.⁹³ Sarlet arrola alguns desses efeitos mínimos das normas jusfundamentais: (i) acarretam a revogação de atos normativos anteriores contrários ao seu conteúdo (ii) vinculam o legislador no que concerne à edição de normas conformadoras dos direitos fundamentais assegurados, bem assim a observar as novas pautas e os *standards* estabelecidos; (iii) impõem a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da

⁹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e déficit procedimental. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 69-84, p. 78-79.

⁹¹ O mínimo existencial será objeto do segundo capítulo deste estudo. Assim, para evitar repetições, remetemos à consulta do próximo capítulo.

⁹² FIGUEIREDO, Mariana. Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade. Porto Alegre, 2007, p. 72.

⁹³ Os efeitos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais serão mais bem explorados no terceiro capítulo.

Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais; (iv) as normas de cunho programático constituem parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas (demais normas constitucionais e normas infraconstitucionais); (v) os direitos fundamentais a prestações geram sempre uma posição jurídico-subjetiva defensiva que, embora não possa ser identificada como um direito subjetivo individual a determinada prestação, mostra-se suficiente para o reconhecimento da existência de um direito de cunho negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo opor-se judicialmente ao cumprimento de regras ou à sujeição de atos contrários ao sentido do preceito constitucional que o atingirem pessoalmente; (vi) impõem a indagação se um de seus efeitos inerentes não seria também o de gerar o que habitualmente se denominou de uma proibição de retrocesso, isto é, o de impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas (essa indagação será objeto de um item específico no final deste capítulo).⁹⁴

Diante de toda essa gama de efeitos, não se pode negar às normas definidoras de direitos fundamentais sociais a presunção de aplicabilidade imediata, tampouco a normatividade reforçada de que falavam Canotilho e Sarlet. Diferentemente do direito português, em que foram claramente delineados regimes jurídico-constitucionais diferenciados para os direitos, liberdades e garantias (Título II) e para os direitos econômicos, sociais e culturais (Título III), no direito brasileiro, conquanto assumidas as particularidades de cada grupo de direitos, não se vislumbra a possibilidade de adoção desse critério. Aqui, os direitos sociais comungam, em termos gerais, do mesmo regime jurídico-constitucional atribuído aos demais direitos fundamentais, não havendo razão, consoante o expandido, para que se entenda de forma diversa, o que, por certo, não significa (e nem poderia) que sua eficácia e efetividade deverão ser iguais.

A matéria não se revela, entretanto, totalmente isenta de controvérsias, especialmente na medida em que ainda se poderia cogitar de uma distinção entre os direitos fundamentais que integram as cláusulas pétreas de nossa

⁹⁴ SARLET, 2003a, *op. cit.*, p. 283-87.

Constituição e aqueles que, em contrapartida, não constituem limites materiais à reforma constitucional. Trata-se da interpretação da norma inserta no art. 60, § 4.º, IV, da CF, que será objeto das considerações que se seguem.

2.4.3 Os direitos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma constitucional

O art. 60, § 4.º, IV, da CF dispõe que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir “os direitos e garantias individuais”. Com isso, ao se empreender uma tentativa de definir o âmbito da proteção outorgada pelo mencionado dispositivo, salienta Paulo Bonavides que, do ponto de vista hermenêutico, abrem-se pelo menos duas respostas possíveis,⁹⁵ mas apenas uma efetivamente de acordo com o sentido mínimo passível de ser extraído do nosso sistema constitucional, adotando-se aqui a postura hermenêutica da melhor resposta possível – sempre fundada no sistema constitucional – e excluindo, por conseqüência, a tese da única resposta correta.⁹⁶

Com efeito, como primeira alternativa (que, desde logo, assume-se como a mais apropriada) cumpre interpretar que a norma em questão não abrange apenas o teor material dos direitos da primeira dimensão (direitos individuais), herdados pelo constitucionalismo contemporâneo, senão que se estende também aos direitos da segunda dimensão, a saber, os direitos sociais.⁹⁷ Afinal, não se pode negligenciar o fato de que nossa Constituição consagra a idéia de que constituímos um Estado democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, especialmente no art. 1.º, incs. I a III, art. 3.º, incs. I, III e IV, e

⁹⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 589.

⁹⁶ FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional *versus* a única resposta correta. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 317-56.

⁹⁷ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 593.

art. 170 da CF. Já do preâmbulo da nossa Constituição consta a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção instituída de Estado brasileiro, assim como a idéia de que o princípio do Estado Social e os direitos fundamentais sociais integram os elementos essenciais, isto é, a identidade de nossa Constituição,⁹⁸ razão pela qual também Sarlet sustenta que os direitos sociais poderiam ser considerados, mesmo não constando expressamente do rol das “cláusulas pétreas”, autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.⁹⁹

Por outro lado, a se conceber que o inciso IV do § 4.º do art. 60 da CF engloba apenas os direitos inseridos no art. 5.º, adotando-se, assim, a segunda opção de resposta (ou seja, uma exegese estritamente literal) seria forçoso reconhecer que não somente os direitos sociais (arts. 6.º a 11), mas também os direitos de nacionalidade (arts. 12 e 13), bem como os direitos políticos (arts. 14 a 17) fatalmente estariam excluídos da proteção outorgada pelo dispositivo mencionado.

Não bastasse, verifica-se que todos os direitos fundamentais consagrados em nossa Constituição (mesmo os que não integram o Título II) são, na verdade e em última análise, direitos de titularidade individual, ainda que alguns sejam de expressão coletiva, pois, afinal, é o indivíduo que tem assegurado o direito ao voto, à saúde, à assistência social etc. Até mesmo o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado (CF, art. 225), consoante Sarlet, pode ser reconduzido a uma dimensão individual, pois, “mesmo um dano ambiental que venha a atingir um grupo dificilmente quantificável e

⁹⁸ CF, Preâmbulo: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL”.

⁹⁹ SARLET, 2003a, *op. cit.*, p. 385.

delimitável de pessoas (indivíduos) gera um direito à reparação para cada prejudicado”.¹⁰⁰

Por tais razões, compartilha-se o entendimento de Paulo Bonavides, para quem:

[...] só uma hermenêutica constitucional dos direitos fundamentais em harmonia com os postulados do Estado Social e democrático de Direito pode iluminar e guiar a reflexão do jurista para a resposta alternativa acima esboçada, que tem em si a base de legitimidade haurida na tábua dos princípios gravados na própria Constituição (arts. 1.º, 3.º e 170) e que, conforme vimos, fazem irrecusavelmente inconstitucional toda inteligência restritiva da locução jurídica “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4.º, IV), a qual não pode assim servir de argumento nem de esteio à exclusão dos direitos sociais.¹⁰¹

Isso, todavia, não significa que se possa falar em proteção absoluta dos direitos fundamentais sociais contra reformas constitucionais, já que, a princípio, não podem ser tratados como absolutamente intangíveis, pelo menos não no sentido de impedir qualquer tipo de restrição. Assim como ocorre em termos de proteção contra restrições legislativas de direitos fundamentais em termos gerais, segue-se o entendimento segundo o qual apenas o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais básicos encontra-se salvaguardado (blindado) contra uma atuação do poder de reforma constitucional.¹⁰²

Por derradeiro, para finalizar este capítulo, mais uma vez é preciso lembrar que uma concepção satisfatória do conteúdo dos direitos fundamentais sociais somente pode ser obtida com relação a uma ordem constitucional concreta, pois, consoante observa Sarlet, “o que é fundamental para uma sociedade pode não o ser para outra, ou não o ser da mesma forma”, o que, por certo, não afasta a necessidade de se considerar a existência de certas

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 385-86.

¹⁰¹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 597.

¹⁰² SARMENTO, Daniel Antonio de Moraes. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a Reforma da Previdência. In: Marcelo Leonardo Tavares. (Org.). *A reforma da previdência social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1-48, p. 21-22.

categorias universais (ou pelo menos universalizáveis) no que diz com a fundamentalidade de alguns valores, como é o caso da vida e da dignidade da pessoa humana, ainda que também estes necessitem de uma adequada contextualização, especialmente quando se cuida de transformá-los em realidade.¹⁰³ É, pois, justamente por visualizar um elo entre direitos sociais, vida e dignidade humana, que, ademais, dizem com as necessidades existenciais de toda e qualquer pessoa, que, na seqüência, se estará a examinar o assim denominado mínimo existencial e sua relação com os direitos fundamentais sociais.

¹⁰³ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 563.

3. O MÍNIMO EXISTENCIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano. Ainda que muitas vezes restrito ao discurso – ou que albergue concepções das mais diversas – o fato é que a dignidade – como valor próprio de cada pessoa – é hoje um postulado axiológico da civilização.

No caso dos direitos sociais, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana respalda o reconhecimento de um direito fundamental ao mínimo existencial, anota Novais. Nesse sentido, pode impor o fornecimento de prestações materiais que permitam uma existência autodeterminada, “sem o que a pessoa, obrigada a viver em condições de penúria extrema, se veria involuntariamente transformada em ‘mero objecto do acontecer estatal’, e, logo, com igual violação do princípio”, defende o jurista lusitano.¹⁰⁴

Na verdade, a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, pelo menos quanto ao conteúdo de dignidade humana que possa encerrar-se no direito em causa, acaba por introduzir a problemática a ser enfrentada neste capítulo. Com efeito, a afirmação de que ao mínimo existencial correspondem direitos subjetivos a prestações, naquilo que elas garantam uma vida condigna, demanda que este estudo enverede para a discussão em torno do conteúdo (significado) do princípio da dignidade da pessoa humana e do assim chamado mínimo existencial, bem como da sua vinculação com os direitos fundamentais sociais.

3.1 A dignidade da pessoa humana na ordem constitucional brasileira

¹⁰⁴ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 64.

Afirma Sarlet que “embora seja o Direito, e não a Filosofia, que acaba por definir – e decidir – qual dignidade será objeto de tutela do Estado e, além disso, qual proteção que este pode assegurar àquela”, é certo que a compreensão do conteúdo e significado do princípio da dignidade humana não prescinde de um olhar – ainda que limitado – sobre algumas contribuições oriundas do pensamento filosófico. Nesse sentido, argumenta o autor:

Tal já se justifica, entre outros fatores, pelo fato de que o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa pelo Direito resultam justamente de toda uma evolução do pensamento humano a respeito do que significa este ser humano e de que é a compreensão do que é ser pessoa e de quais os valores que lhe são inerentes que acaba por influenciar ou mesmo determinar o modo pelo qual o Direito reconhece e protege esta dignidade.¹⁰⁵

Assim, o ponto de partida para uma compreensão jurídico-constitucional do princípio, como explica Sarlet, é o pressuposto de que a dignidade, acima de tudo, diz com a condição humana do ser humano e, portanto, guarda íntima relação com as complexas manifestações da sua personalidade, integrando (a própria dignidade) um conjunto de fundamentos e uma série de dimensões, que, “ainda que diferenciadas entre si, guardam um elo comum, especialmente pelo fato de comporem o núcleo essencial da compreensão e, portanto, do próprio conceito de dignidade da pessoa humana”.¹⁰⁶ É, pois, com o intuito de compreender a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico, que, na seqüência, analisar-se-á algumas dessas dimensões referidas por Sarlet.

3.1.1 As dimensões da dignidade da pessoa humana

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-43, p. 16.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 17.

Sarlet aponta como uma das principais dimensões a que já de há muito se considera como dimensão ontológica (ou em parte biológica) da dignidade humana, “vinculada à concepção da dignidade como uma qualidade intrínseca da pessoa humana e, de modo geral, comum às teorias da dignidade como uma dádiva ou um dom conferido ao ser humano pela divindade ou pela própria natureza”.¹⁰⁷ Nessa perspectiva, a expressão direito à dignidade – entendida como qualidade intrínseca de todo ser humano, insuscetível, portanto, de concessão pelo ordenamento jurídico – pode (e deve) ser compreendida como o direito ao reconhecimento, respeito, promoção e desenvolvimento da dignidade, o que importa concluir que ela mesma, não se reveste em direito fundamental, embora na sua condição jurídico-normativa (ou seja, de princípio jurídico) possa servir de alicerce a posições jurídico-subjetivas, isto é, normas definidoras de direitos e garantias, mas também de deveres fundamentais.¹⁰⁸ Não há como reconhecer um direito fundamental à dignidade da pessoa humana – embora se possa pensar em um direito à existência digna ou na proteção de um mínimo existencial, conforme será visto mais adiante.

Assim, a dignidade – como atributo intrínseco da pessoa humana – independe de circunstâncias concretas, sendo assegurada também aos criminosos e àqueles que se comportem de maneira indigna nas relações com seus semelhantes, inclusive contra si mesmos.¹⁰⁹ Aliás, esse é o entendimento que subjaz ao artigo I da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948 – doravante referida como DUDH), segundo o qual “todas as pessoas nascem

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 20.

¹⁰⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 72-73.

¹⁰⁹ Nesse sentido, a noção firmada pela jurisprudência do Conselho de Estado francês, ao acentuar que a dignidade humana faz parte da ordem pública, sendo por isso irrenunciável – fundamento da decisão no paradigmático caso dos anões, que eram lançados em casas de diversão. Nessa decisão, estabeleceu-se para o Estado um dever de proteção da pessoa contra si mesma. Cf. PAVIA, Marie-Luce. Le principe de dignité de la personne humaine: un nouveau principe constitutionnel. In: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. *Droits et libertés fondamentaux*. 6.ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 121-39, p. 135.

livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.¹¹⁰

No âmbito da doutrina lusitana, vale destacar a formulação de Jorge Miranda, para quem o fato de serem dotados de razão e de consciência representa o denominador comum a todos os homens, expressando em que consiste a sua igualdade.¹¹¹ Entre nós, Jorge Renato dos Reis destaca que “a base da dignidade de cada pessoa centra-se na sua autonomia e poder de autodeterminação”.¹¹²

Assim, à luz do que dispõe a DUDH e dos entendimentos colacionados, verifica-se que a noção de dignidade humana, de certa forma, parece continuar sendo reconduzida à matriz kantiana e, portanto, centrar-se na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa.¹¹³ A liberdade de autodeterminação é considerada, entretanto, em abstrato, não dependendo de sua realização, de tal sorte que também o absolutamente incapaz possui a mesma dignidade que qualquer outro ser humano na plenitude de suas condições físicas e mentais. Ressalte-se, por oportuno, que, com essa afirmação, não se está aqui a sustentar a equiparação entre as noções de liberdade e dignidade, mas, sim, a intrínseca ligação, já que o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade constituem uma das principais (mas não a única) exigências da dignidade humana.¹¹⁴

¹¹⁰ PIOVESAN, 2010, *op. cit.*, p. 390.

¹¹¹ MIRANDA, *op. cit.*, p.168.

¹¹² REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. *In*: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, tomo 7, p. 2033-064, p. 2036.

¹¹³ Para Kant é a razão que retira o homem da causalidade natural. Enquanto na natureza “tudo age segundo leis”, com os seres racionais é diferente. Eles escapam à determinação natural. Somente eles possuem a vontade e a razão que lhes confere a capacidade de se autodeterminar. Enquanto os seres da natureza obedecem às leis, sem delas terem conhecimento, o homem, como ser racional, obedece às leis e tem consciência delas. Para o filósofo, entretanto, “[...] seres racionais estão pois todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si”. Cf. KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1994, p. 47; 75-76.

¹¹⁴ SARLET, 2009, *op. cit.*, p. 23.

Além disso, consoante Sarlet, mesmo que se possa sustentar que a dignidade humana se encontra, de algum modo, ligada (também) à condição humana de cada indivíduo, não há como desconsiderar sua dimensão relacional ou intersubjetiva, justamente por serem todas as pessoas reconhecidas como iguais em dignidade (DUDH, artigo I) e pela circunstância de, nessa condição, conviverem em determinada comunidade.¹¹⁵ Em tal contexto, a lição de Perez Luño, na esteira de Maihofer, sustenta:

Un aspecto importante de la noción de dignidad humana propuesta por Maihofer es el de partir para la elaboración de su relación con los demás, esto es, de la situación del ser con los otros (Mutsein); en lugar de hacerlo en función del hombre singular encerrado en su esfera individual (Selbstsein), que había servido de punto de partida de numerosas caracterizaciones de esta idea. Esta dimensión intersubjetiva de la dignidad es de suma trascendencia para calibrar el sentido y alcance de los derechos fundamentales que encuentran en ella su principio fundamentador. La dignidad humana, de otro lado, se identifica con lo que también en ocasiones se denomina libertad moral y se halla estrechamente relacionada con la igualdad, entendida como paridad de estimación social de las personas. Con lo que se prueba la íntima conexión de los valores que configuran el núcleo conceptual de los derechos humanos.¹¹⁶

A dignidade humana também possui uma dimensão histórico-cultural, como fruto do trabalho de gerações e da humanidade no seu conjunto. Nesse sentido, Novais alerta que ela é hoje circunstancial e temporalmente determinada, própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, “socialmente vinculado ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição da

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 24. Este também parece ser o entendimento de Jorge Miranda, para quem “cada pessoa tem, contudo, de ser compreendida em relação com os demais. Por isso, a Constituição completa a referência à dignidade da pessoa humana com a referência à ‘mesma dignidade social’ que possuem todos os cidadãos e todos os trabalhadores (art. 13.º, n.º 1, e 59.º, n.º1, alínea b), decorrentes da inserção numa comunidade determinada”. Cf. MIRANDA, *op. cit.*, p. 171.

¹¹⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2003, p. 318.

possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos”.¹¹⁷ As dimensões ontológica, relacional e histórico-cultural se completam e interagem mutuamente, de tal sorte que a dignidade é simultaneamente limite e tarefa dos poderes públicos, da comunidade em geral e de cada indivíduo.

Ademais, a qualidade de quem é digno se manifesta tanto pela autodeterminação da pessoa (dimensão negativa), como pela necessidade de sua proteção (dimensão positiva) pela comunidade ou pelo Estado. Com efeito, de acordo com a lição de Pérez Luño: *“La dignidad humana constituye no sólo la garantía negativa de que la persona no va a ser objeto de ofensas o humillaciones, sino que entraña también la afirmación positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo”*.¹¹⁸

Anota Maranhão que a dimensão protetiva da dignidade humana ganha contornos especiais na sociedade de consumo, principalmente no que diz com a tutela das necessidades básicas da pessoa humana – a que corresponderiam muitos dos direitos fundamentais. Esse autor aponta como exemplo a previsão legal de prorrogação imediata dos planos privados de saúde – prescindindo da vontade declarada do operador em renovar o prazo contratual. Além disso, destaca Maranhão, na relação consumeirista cuida-se, normalmente, da salvaguarda da dignidade humana contra agressões dos denominados poderes sociais ou privados,¹¹⁹ e, acrescenta Sarlet, uma vez que se impõe a proteção da dignidade da pessoa humana também para a sociedade civil – e não somente para o Estado – pode-se concluir pela eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana também nas relações privadas.¹²⁰

O conceito de dignidade humana, todavia, ainda é vago e impreciso, conquanto seja algo real, na medida em que são reconhecidas, com facilidade, as hipóteses nas quais ela é violada no cotidiano. Em busca de uma

¹¹⁷ NOVAIS, *op. cit.*, p. 53.

¹¹⁸ LUÑO, *op. cit.*, p. 318.

¹¹⁹ MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde*: (arts. 83 e 84, CDC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 208-17.

¹²⁰ SARLET, 2002, *op. cit.*, p. 112.

conceituação do princípio da dignidade da pessoa humana, Günther Dürig desenvolveu na Alemanha o que ficou conhecido como a fórmula do homem-objeto, que a define em termos negativos a partir de violações no caso concreto, estabelecendo (ainda que o método não se apresente plenamente satisfatório) um caminho a ser percorrido. A partir dessa formulação, a dignidade da pessoa humana passou a ser considerada atingida sempre que a pessoa fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos. Adotada pelo Tribunal Constitucional alemão, a fórmula homem-objeto passou a ser utilizada na definição da dignidade humana de forma negativa, por meio da descrição dos atos capazes de lesioná-la, tais como degradações, estigmatizações, perseguições, proscricções, entre outros. Em contexto diverso, condenações cruéis, desumanas ou degradantes.¹²¹

Mais recentemente, na sentença do caso “Niños de la calle”, a Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) definiu a dignidade humana em termos positivos, construindo o primeiro degrau rumo à criação de um Tribunal Social Internacional, orientado à proteção e garantia dos direitos fundamentais sociais. Diz a Corte Interamericana:

*El derecho a la vida implica no sólo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico. [...] La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.*¹²²

¹²¹ No Brasil, a fórmula homem-objeto encontra-se positivada no art. 5.º, inc. III, da CF: “ninguém será submetido à tortura e a tratamento desumano ou degradante”. Cf. SARLET, 2008, *op. cit.*, p. 33-35.

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Villagrán Morales y otros (caso de los «Niños de la calle»), sentencia de 19 de noviembre de 1999, voto concurrente de los doctores Antonio Augusto Cançado Trindade y Alirio Abreu Burelli, *apud* ARANGO, Rodolfo. *Estado social de derecho y derechos humanos*. Disponível em: < <http://www.revistanumero.com/39sepa6.htm>>. Acesso: 16 out. 2009.

A partir do exposto, podemos afirmar que a dignidade humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade, implicando, nesse sentido, para a pessoa, não apenas direitos de defesa (negativos), visando à proteção da sua dignidade contra violações, mas também direitos a prestações (positivos), que lhe viabilizem os meios para uma vida saudável,¹²³ além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da sociedade.¹²⁴ Ainda, nas palavras de Hofmann, em relação à Lei Fundamental alemã, a garantia da dignidade humana “è un inizio aperto, na paradossalmente allo stesso tempo anche un fine, um epilogo ed una esclusione, attraverso la quale si è costituita una comunità giuridica specifica, separata delle altre”,¹²⁵ válidas também para a Constituição brasileira, no que concerne à compreensão da dignidade humana que faz da pessoa o fundamento e a finalidade precípua do Estado.

3.1.2 A dignidade da pessoa humana como princípio fundamental

As considerações anteriores corroboram a posição adotada pelo legislador Constituinte, no sentido de alçar a dignidade da pessoa humana a fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1.º, III), coadunando-se

¹²³ Como critério aferidor do que seja uma vida saudável, a proposta de Sarlet: “parece-nos apropriado utilizar os parâmetros estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde, quando se refere a um completo bem-estar físico, mental e social, parâmetro este que, pelo seu reconhecimento amplo no âmbito da comunidade internacional, poderia igualmente servir como diretriz mínima a ser assegurada pelos Estados”. Cf. SARLET, 2008, *op. cit.*, p. 37, nota 74.

¹²⁴ Adota-se aqui o conceito de dignidade da pessoa humana cunhado por Sarlet, *verbis*: “tem-se por dignidade da pessoa humana a *qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos*”. (grifo tal como o original). Cf. *Ibidem*, p. 37.

¹²⁵ HOFMANN, Hasso. La promessa della dignità umana: dignidade dell'uomo nella cultura tedesca giuridica. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, v. 76, n. 1, p. 620-50, 1999, p. 637-38.

à moderna tendência de proteção dos direitos humanos, verificada também em outros países, notadamente a partir do pós-guerra.¹²⁶ Nesse sentido, reforçam Flávia Piovesan e Renato Vieira:

[...] conquanto essa radical transformação date já da década de 40, no caso brasileiro somente em 1988 é que se erigiu um sistema constitucional consentâneo com a pauta valorativa afeta à proteção ao ser humano, em suas mais vastas dimensões, em tom nitidamente principiológico, a partir do reconhecimento de sua dignidade intrínseca. Ressalte-se, ainda, a influência no constitucionalismo brasileiro das Constituições alemã (Lei Fundamental – GrundGesetz, 23 de maio de 1949), portuguesa (2 de abril de 1976) e espanhola (29 de dezembro de 1978), na qualidade de Constituições que primam pela linguagem dos direitos humanos e da proteção à dignidade humana.¹²⁷

Assim, no contexto do constitucionalismo brasileiro, a dignidade da pessoa humana não configura um direito fundamental, mas vige como princípio e valor fundamental – ou princípio jurídico-constitucional fundamental, na lição de Sarlet.¹²⁸ E, na qualidade de princípio fundamental, ela constitui verdadeiro valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica, constitucional e infraconstitucional, razão pela qual, para muitos, justifica-se sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa¹²⁹ – não obstante essa posição traduzir certo absolutismo.

Nesse sentido, concorda-se, pois, com Alexy, para quem é possível dizer que a norma da dignidade humana não é um princípio absoluto. Tal

¹²⁶ A internacionalização dos direitos humanos constitui um movimento extremamente recente na história, que surgiu a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador dos direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descartabilidade da pessoa humana, o que resultou no extermínio de onze milhões de pessoas. Cf. PIOVESAN, 2010, op. cit., p. 121-29.

¹²⁷ PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 339-70, p. 341.

¹²⁸ SARLET, 2002, op. cit., p. 70.

¹²⁹ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: uma análise do inciso III, do art. 1º, da constituição federal de 1988*. Fortaleza: Celso Bastos, 1999, p. 94 et seq.

impressão, explica esse autor, em primeiro lugar, advém da existência de duas normas da dignidade humana: uma regra e um princípio. Além disso, essa impressão é reforçada pelo fato de que há uma série de condições sob as quais o princípio da dignidade da pessoa humana prevalecerá, com grande grau de certeza, em face de todos os outros princípios.¹³⁰ Na qualidade de princípio, a dignidade da pessoa atua “[...] como um mandado de otimização, ordenando algo (no caso, a proteção e promoção da dignidade da pessoa) que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes”.¹³¹ Já a sua natureza de regra pode ser percebida por meio da constatação de que, nos casos em que a norma da dignidade humana é relevante, não se questiona se ela prevalece sobre outras normas, mas tão somente se ela foi violada, ou não. Todavia, o fato de que, dadas certas condições, o princípio da dignidade da pessoa humana prevalecerá sobre outros princípios, não fundamenta uma natureza absoluta do princípio.¹³² A ponderação e/ou hierarquização de bens jurídicos é juízo efetuado *in concreto*, e admitir-se a prevalência absoluta da dignidade da pessoa humana contradiz a natureza principiológica que lhe foi pressuposta.¹³³ A dignidade da pessoa, ademais de ponderações com outros princípios, como o princípio da proteção do Estado,¹³⁴ ou mesmo com normas jusfundamentais, como o direito

¹³⁰ ALEXY, *op. cit.*, p. 114.

¹³¹ SARLET, 2002, *op. cit.*, p. 76.

¹³² ALEXY, *op. cit.*, p. 112-14

¹³³ Nesse sentido, Sarlet sustenta: “[...] que por definição e por razões até mesmo de ordem lógica, inexistem princípios absolutos, já que tal condição contradiz a própria essência da noção e a estrutura normativa dos princípios, constituindo, em verdade, uma autêntica *contradictio in terminis*. Assim, princípios absolutos ou não são princípios ou são outra coisa do que habitualmente como tal se tem considerado”. Cf. SARLET, 2002, *op. cit.*, p. 78, nota 126.

¹³⁴ Alexy cita uma decisão do Tribunal Constitucional Federal sobre interceptação telefônica: “se a exclusão da proteção judicial em não é motivada por uma desconsideração ou uma depreciação da pessoa humana, mas sim por uma necessidade de manter em segredo as medidas que sirvam para a proteção da ordem democrática e para a própria existência do Estado [...] então, o princípio da proteção do Estado tem precedência em face do princípio da dignidade humana no que diz respeito à exclusão da proteção judicial em casos de escuta telefônica”. Cf. ALEXY, *op. cit.*, p. 111-13.

à vida,¹³⁵ relativiza-se sobremodo quando há a necessidade de se resolver eventuais tensões entre a dignidade de diversas pessoas.

Para além da controvérsia apontada, o que se pode afirmar, na esteira de Sarlet, é que a dignidade, na condição de valor intrínseco da pessoa humana, não poderá ser sacrificada, já que em si mesma é insubstituível, o que, de resto, não afasta a evidência, amplamente comprovada na prática, de que o tal princípio pode ser realizado em diversos graus.¹³⁶ Por outro lado, a presunção será sempre favorável à solução concreta que melhor reflita o respeito à dignidade da pessoa humana, pois, se a finalidade última do ato de julgar consiste em fazer justiça, pode-se dizer que uma decisão que negue a dignidade humana é imoral e juridicamente insustentável, como sugere Silveira Neto.¹³⁷

Em direção semelhante, sustenta Novais que o conflito de bens constitucionais não pode ser resolvido antecipadamente, nem a favor da liberdade, tampouco da dignidade da pessoa humana. Esta última não pode ser considerada ilegítimamente afetada pelo só-fato de haver a possibilidade de os direitos fundamentais poderem (ou dever) ser restringidos com vista à garantia de outros valores igualmente dignos de proteção. Em síntese, o jurista português admite que haja fatores de relativização do alcance do princípio da dignidade da pessoa humana, entre os quais, como se disse, a limitabilidade *natural* dos direitos fundamentais, bem como a dificuldade na determinação de um conteúdo concretizado desse princípio de forma intersubjetivamente incontestável.¹³⁸

¹³⁵ Sarlet sobre isso observa: “Considere-se aqui a problemática que envolve especialmente a descriminalização e até mesmo a autorização pelo ordenamento jurídico da prática da eutanásia comissiva ou omissiva, onde uma opção pela manutenção, a qualquer custo (e não apenas financeiro) da vida, poderá ser tida como violadora da dignidade, ao menos se assim for compreendida uma sobrevida marcada por sofrimentos atrozes ou condições manifestamente degradantes e indignas de vida”. Cf. SARLET, 2002, *op. cit.*, p. 78, nota 128.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 78.

¹³⁷ SILVEIRA NETO, Antônio. Limites da tutela antecipada em face dos direitos humanos. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*, Ribeirão Preto, v. 29, n. 3, p. 35-54, mai./2002, p. 42.

¹³⁸ NOVAIS, *op. cit.*, p. 55-56.

Não obstante, a doutrina atribui à dignidade da pessoa humana o papel de elemento que confere à ordem constitucional: (i) unidade de sentido, por operar como elemento de integração e critério hermenêutico, na medida em que serve de parâmetro para aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico; e (ii) legitimidade, por dizer com a razão de ser do próprio poder estatal.¹³⁹ Nesse sentido, destaca-se a lição de Jorge Miranda, para quem a Constituição, a despeito de seu caráter compromissório, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.¹⁴⁰

A dignidade da pessoa humana consiste, por certo, em elemento fundante e informador de todos os direitos fundamentais, muito embora não se confunda – ao menos no sistema constitucional brasileiro – com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais.¹⁴¹ Enquanto os sistemas alemão, português e espanhol claramente privilegiam a dignidade da pessoa humana em face de outros valores constitucionais, o ordenamento constitucional brasileiro, nada obstante consagre a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, não contém regra semelhante em termos de hierarquia formal nem axiológica. Prova disso é que nem todos os direitos fundamentais assegurados pelo texto de 1988 são passíveis de recondução direta ao princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁴² Justamente nesse contexto assumem relevo os demais princípios fundamentais que, a exemplo da dignidade da pessoa humana, também cumprem a função de referencial hermenêutico, tanto para os direitos fundamentais, quanto para o restante das

¹³⁹ SARLET, 2002, *op. cit.*, p. 83-85.

¹⁴⁰ MIRANDA, *op. cit.*, p. 166.

¹⁴¹ ARANHA, Márcio Iório. *Conteúdo essencial das cláusulas pétreas*. Notícia do Direito Brasileiro, Brasília, n. 7, p. 389-402, set./2000, p. 396-98.

¹⁴² A título de exemplo, vale citar as normas contidas no art. 5.º, inc. XXI (representação associativa) e XXXI (a sucessão de bens de estrangeiros), da CF, ou mesmo no art. 7.º, inc. XXVI (reconhecimento de convenções e acordos coletivos).

normas da Constituição. É o que ocorre, por exemplo, com o princípio fundamental dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1.º, IV), ou mesmo com os objetivos fundamentais da construção de uma sociedade justa, livre e solidária (CF, art. 3.º, I) ou da erradicação da pobreza e da marginalização (CF, art. 3.º, III), que consagram, entre nós, a concepção do Estado social e aos quais podem ser reportados os direitos fundamentais sociais, sem que se desconsidere a vinculação entre estes e a garantia de uma vida digna, com liberdade e igualdade reais.¹⁴³

De qualquer modo não é difícil perceber que, com algum esforço argumentativo, tudo que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa humana. Em realidade, a grande maioria dos direitos e garantias fundamentais, ainda que de modo e intensidade variáveis, têm a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de *todas as pessoas* – argumenta Jorge Miranda.¹⁴⁴ Também compartilha esta opinião Andrade, para quem *todos* os direitos fundamentais traduzem de maneira mais ou menos direta o princípio da dignidade da pessoa humana, realizando-o de forma mais plena ou matizada. “Mas, ainda aí, é este princípio que está na base da sua previsão constitucional e da sua consideração como direitos fundamentais”.¹⁴⁵

O fato é que do arcabouço da dignidade da pessoa humana podem desprender-se outras concretizações, ou mesmo direitos fundamentais autônomos, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.¹⁴⁶ Também se fala na adoção de tratamento jurídico diferenciado para determinados grupos sociais,¹⁴⁷ bem como na proteção da integridade física e

¹⁴³ SARLET, 2003, *op. cit.*, p. 118-21.

¹⁴⁴ MIRANDA, *op. cit.*, p. 167.

¹⁴⁵ ANDRADE, *op. cit.*, p. 102.

¹⁴⁶ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-83.

¹⁴⁷ BEDIN, Barbara. Ações afirmativas, *Revista Trabalho e Ambiente*, Caxias do Sul, v. 5, n. 9, p. 227-35, jul./dez., 2007.

emocional (contra penas corporais e experiências científicas – inclusive com uso de medicamentos e tratamentos de saúde)¹⁴⁸ – da identidade pessoal (privacidade, intimidade, honra e imagem)¹⁴⁹ e da propriedade (direito à moradia).¹⁵⁰

Nessa mesma linha, argumenta Sarlet que a dignidade da pessoa humana aparece como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. De forma mais clara, ela consiste em critério aferidor da fundamentalidade de outros direitos, sejam aqueles previstos em normas fora do catálogo, mas dentro do texto constitucional, sejam aqueles positivados em tratados internacionais, sejam ainda aqueles não-escritos, mas implícitos, subentendidos nos direitos expressamente consagrados no catálogo, ou, finalmente, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição. O fato é que – e isso se tem por certo – sempre que se puder detectar que estamos diante de uma proteção jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido de essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa humana, inequivocamente estar-se-á diante de uma norma de direito fundamental. Assim, sustenta o constitucionalista, na esteira de Geddert-Steinacher, que a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais possui caráter *sui generis*, pois aquela assume simultaneamente a função de elemento e medida destes, de tal sorte que comumente – embora não sempre, salienta – a violação de um direito fundamental acarretará uma ofensa ao princípio.¹⁵¹

¹⁴⁸ AUGUSTIN, Sérgio; ALMEIDA, Ângela. O uso de células-tronco de embriões humanos: aplicação do princípio da proporcionalidade. In: PAVIANI, Jayme; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. *Homem, natureza, direito: notas de estudo sobre biodireito e direito ambiental*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2005, p. 59-78, p. 72-73.

¹⁴⁹ AVILA, Rosemari Pedrotti de. Monitoramento de e-mails corporativos: o poder diretivo do empregador, o direito à intimidade do empregado e a lei da ponderação. In: AUGUSTIN, Sérgio (org.). *Direito trabalhista e previdenciário: reflexões acadêmicas*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2007, p. 171-80.

¹⁵⁰ PANSIERI, Flávio. Do conteúdo à fundamentalidade do direito à moradia. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues (org.) *et. al.. Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008, p. 111-35.

¹⁵¹ SARLET, 2002, *op. cit.*, p. 103-06.

No caso dos direitos fundamentais sociais, já foi referido alhures que tanto a doutrina quanto a jurisprudência brasileira, respaldada no princípio da dignidade da pessoa humana, tende admitir, embora não totalmente, a existência de um direito originário às prestações que integrem o mínimo existencial – matéria do tópico seguinte.

3.2 O MÍNIMO EXISTENCIAL

Sem dicção no texto constitucional, a garantia de salvaguarda do mínimo existencial é delimitada conceitualmente pela doutrina, ora como dado pré-constitucional decorrente do direito básico de liberdade, ora como direito fundamental resultante do Estado Social e da proteção à vida, à dignidade da pessoa humana e a uma série de direitos fundamentais sociais.

Adentrando desde logo a esse aspecto do tema, é possível afirmar que a noção de um direito fundamental (e, portanto, também de uma garantia) às condições materiais que asseguram uma vida com dignidade teve sua primeira importante elaboração dogmática na Alemanha.¹⁵² Em que pese a Lei Fundamental alemã apresente quase uma completa abstinência de direitos fundamentais sociais,¹⁵³ o primeiro doutrinador a sustentar a possibilidade do reconhecimento de um direito subjetivo à prestação de recursos mínimos para uma existência digna foi o publicista alemão Otto Bachof, que, já no início da década de 1950, considerou que o princípio da dignidade humana (art. 1.º, I, da Lei Fundamental, doravante referida como LF) não reclama apenas a garantia da liberdade, mas também de um mínimo de segurança social, pois, sem recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana ficaria sacrificada. Sendo assim, o direito à vida e integridade corporal,

¹⁵² SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 563-64.

¹⁵³ Como a norma de conteúdo social mais direto, deve ser mencionada a regra contida no art. 6 (4) da Lei Fundamental, segundo a qual cada mãe tem direito à proteção e assistência da comunidade. Cf. WEBER, Albrecht. Estado social, direitos fundamentais sociais e segurança social na República Federal da Alemanha. In: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurelio (coords.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 13-21, p. 15.

previsto no texto constitucional (LF, art. 2.º, II), não poderia ser concebido meramente como proteção contra a destruição da existência, ou seja, como direito de defesa, impondo, ao revés, também uma postura positiva no sentido de garantir a vida.¹⁵⁴

Na verdade, Bachof teria identificado duas dimensões distintas do mínimo existencial: de um lado, o direito a não ser privado do que se considera essencial à conservação de uma existência minimamente digna; e, de outro, o direito a exigir do Estado prestações que traduzam esse mínimo. O primeiro sentido corresponde à dimensão defensiva do mínimo existencial, coibindo ingerências sobre o *status* material e a qualidade de vida, já alcançados pelo indivíduo, enquanto que do segundo afere-se a dimensão prestacional do mínimo existencial, passível de suscitar, para o indivíduo, o direito de exigir prestações materiais concretas.

O fato é que um ano depois da formulação de Bachof, o Tribunal Administrativo Federal da Alemanha reconheceu um direito subjetivo do indivíduo carente de auxílio material por parte do Estado, argumentando, igualmente, com base no princípio da dignidade humana, no direito geral de liberdade e no direito à vida, que o indivíduo, na qualidade de pessoa autônoma e responsável, deve ser reconhecido como titular de direitos e obrigações, tal situação implicando, principalmente, a manutenção das suas condições de existência. Além disso, de notar que, apenas alguns anos depois, o legislador infraconstitucional regulamentou um direito a prestações no âmbito da assistência social (art. 4.º, I, da Lei Federal sobre Assistência Social).¹⁵⁵

Por último, embora transcorridas cerca de duas décadas da referida decisão do Tribunal Administrativo Federal, também o Tribunal Constitucional Federal acabou por consagrar o reconhecimento de um direito fundamental às condições mínimas necessárias para uma existência digna. Da argumentação

¹⁵⁴ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 564.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 564-65.

desenvolvida ao longo dessa primeira decisão (*BVerfGE* 40, 121 (133)), Sarlet extrai o seguinte trecho:

[...] certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitado nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar essas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.¹⁵⁶

Em que pesem algumas modificações no que tange à fundamentação, bem quanto ao objeto da demanda, tal decisão veio a ser chancelada, em sua essência, em outros arestos da Corte Constitucional alemã. Na lição de Dreier, do princípio da dignidade humana, em conjugação com o princípio do Estado social “decorre uma pretensão a prestações que garantam a existência’, sendo de incluir na garantia do mínimo de existência ‘as prestações sociais suficientes’, nos termos da legislação sobre auxílio social”. De modo que “o Estado está obrigado a garantir ao cidadão desprovido de meios, através de prestações sociais’ os ‘pressupostos mínimos’ para ‘uma existência humanamente digna’ (*BVerfGE* 82, 60 (85))”.¹⁵⁷

Desenvolvendo os aspectos já referidos, doutrina e jurisprudência constitucional da Alemanha passaram também a sustentar que a dignidade propriamente dita não é passível de quantificação. A fixação do valor da prestação assistencial destinada à garantia das condições existenciais mínimas, em que pese sua viabilidade, é – além de condicionada espacial e temporalmente – dependente do *standard* socioeconômico vigente, pois não se

¹⁵⁶ *Idem*.

¹⁵⁷ A citação é feita no Acórdão n. 509/02 do Tribunal Constitucional português, referente ao Proc. N. 768/02, Plenário, Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida, *apud* NOVAIS, *op. cit.*, 89-90.

pode negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência, evidentemente, estará sujeito às flutuações, não apenas na esfera econômica e financeira, mas também das expectativas e necessidades vigentes. É precisamente nesse sentido que Alexy introduz a noção de mínimo existencial relativo, passível de se adequar, mesmo como pretensão posta em juízo, às condições vigentes em determinada comunidade. “Simplesmente aceitar aquilo que o legislador garante em dado momento seria renunciar a um padrão jurídico-constitucional para aquilo que o legislador tem o dever de garantir” – afirma o autor. Esse padrão jurídico-constitucional orientando racionalmente o processo de definição daquilo que integre o mínimo existencial é obtido, segundo argumenta, pelo sopesamento do direito fundamental com o princípio da igualdade fática, que exige uma orientação baseada no nível de vida efetivamente existente – o que já não aconteceria se o parâmetro tomado fosse o princípio da dignidade da pessoa humana. “Nesse sentido, o enunciado da igualdade, que inclui a igualdade fática, pode, nos casos de mínimo existencial, fundamentar direitos definitivos concretos à criação de uma igualdade fática”.¹⁵⁸

Já no contexto do direito anglo-saxão a imprescindibilidade da garantia de um mínimo material foi reconhecida pelo jusfilósofo John Rawls. No seu livro *Uma Teoria da Justiça*, esse autor indica dois princípios básicos de justiça:

Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.¹⁵⁹

O primeiro princípio abrange as liberdades políticas (o direito de votar e ocupar um cargo público), a liberdade de expressão e de reunião, a liberdade de consciência e de pensamento, e o direito de propriedade. O segundo

¹⁵⁸ ALEXY, *op. cit.*, p. 427-29.

¹⁵⁹ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p.64

princípio (da diferença) se aplica à distribuição de renda e riqueza.¹⁶⁰ Os dois princípios são aspectos especiais de uma concepção mais ampla de justiça que pode ser expressa como segue:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualmente a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos.¹⁶¹

Assim, Rawls admite, pelo princípio da diferença, a desigualdade “apenas se a diferença de expectativas for vantajosa para o homem representativo que está em piores condições, neste caso o trabalhador representativo não especializado”.¹⁶² Arremata o filósofo que “a diferença ainda maior entre as classes viola o princípio de vantagens mútuas e também o da igualdade democrática”.¹⁶³

A partir desses pressupostos, Rawls define o quadro protetor do mínimo social, com o objetivo principal de assegurar “uma igualdade de oportunidades que é eqüitativa”, o que depende de o governo “assegurar oportunidades iguais de educação e cultura para pessoas semelhantemente dotadas e motivadas, seja subsidiando escolas particulares seja estabelecendo um sistema de ensino público”.¹⁶⁴ Para o autor, o governo garante um mínimo social, “seja através de um salário-família e de subvenções especiais em caso de doença e desemprego, seja mais sistematicamente por meio de dispositivos tais como um suplemento gradual de renda (o chamado imposto de renda negativo)”.¹⁶⁵ Esse mínimo é protegido pelas transferências orçamentárias. Mas, garantido o mínimo social, é perfeitamente justo que o resto da renda total seja obtido pelo sistema de preços, desde que os monopólios e as externalidades tenham sido

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 65.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 66.

¹⁶² *Ibidem*, p. 82.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 83-4.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 303-04.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 304.

eliminados.¹⁶⁶ Para Rawls, esse caminho para tratar as desigualdades é mais eficiente do que “a tentativa de regular a renda por padrões de salário-mínimo e métodos afins”.¹⁶⁷ O sistema de instituições e de princípios deve conduzir que:

A soma de transferências e benefícios advindos dos bens públicos essenciais deve ser ordenada de modo a aumentar as expectativas dos menos favorecidos, que devem ser compatíveis com a poupança exigida e com a manutenção das liberdades iguais. [...] Cada um recebe a renda total (salários mais transferências) a que tem direito dentro do sistema de regras públicas no qual se fundam suas expectativas legítimas.¹⁶⁸

No seu livro ulterior, *O Liberalismo Político*, Rawls aprofunda diversos aspectos de sua teoria da justiça, inclusive os relacionados com o mínimo social. O autor expressa, *in verbis*:

[...] o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades básicos e iguais, pode facilmente ser precedido de um princípio lexicamente anterior, que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos à medida que a satisfação dessas necessidades seja necessária para que os cidadãos entendam e tenham condições de exercer de forma fecunda esses direitos e liberdades.¹⁶⁹

Rawls então desenvolve a idéia de fundamentos constitucionais.¹⁷⁰ Afirma que a essência constitucional é que, abaixo de certo nível de bem-estar material e social e de instrução e educação, as pessoas simplesmente não podem tomar parte na sociedade como cidadãos, muito menos como cidadãos iguais.¹⁷¹ Rawls ainda distingue entre os fundamentos constitucionais e as questões de justiça básica. Os fundamentos constitucionais compreendem: (i) os princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do Estado e do processo político; e (ii) os direitos e liberdades fundamentais e iguais de cidadania que as maiorias legislativas devem respeitar, tais como o direito ao

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 305-306.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 306.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 335.

¹⁶⁹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo, Ática, 2000, p. 49.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 277.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 213.

voto e à participação política, a liberdade de consciência, a liberdade de pensamento e de associação, assim como as garantias do império da lei.¹⁷² Rawls ainda esclarece que o mínimo social referente às necessidades básicas de todo o cidadão também é essencial.¹⁷³ E a seguir tece diversas considerações para explicar:

*[...] porque a liberdade de movimento e a livre escolha de ocupação, e um mínimo social que abarque as necessidades mínimas dos cidadãos, contam como elementos essenciais, ao passo que o princípio da oportunidade eqüitativa e o princípio da diferença não são considerados como tais.*¹⁷⁴

Dessa forma, o filósofo de Harvard deixa claro que as necessidades básicas, isto é, os mínimos sociais, integram o primeiro princípio – da liberdade – e por isso são fundamentos constitucionais e não se confundem com as questões de justiça social.

Por outro lado, na jurisprudência norte-americana, ao tempo da *Corte de Warren* (1953-1969), houve extraordinária expansão do quadro dos direitos sociais, mercê da aplicação da cláusula *equal protection of the law* (XIV Emenda). Mas a *Corte de Burger* trouxe a mudança do enfoque, superando a retórica da justiça igual para os pobres, que caracterizou a *Corte de Warren*, por meio do recurso ao conceito de *minimal protection*. Na lição de Torres, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem recusado natureza constitucional aos direitos econômicos e sociais que transcendem o mínimo tocado pelos interesses fundamentais, como sejam os direitos à educação ou à moradia, fazendo-se forte no argumento de que “pobreza e imoralidade não são sinônimos”.¹⁷⁵ De qualquer modo a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de diversas leis prejudiciais aos pobres, especialmente pelas descabidas imposições fiscais, que, por ferirem direitos fundamentais, foram consideradas classificações suspeitas, deflagrando um controle judicial

¹⁷² *Ibidem*, p. 277.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 279.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 280.

¹⁷⁵ TORRES, Ricardo Lobo. O direito ao mínimo existencial. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 274.

rígido. Isso ocorreu, por exemplo, com a cobrança de taxas limitadoras do direito de voto ou denegatórias do acesso gratuito a benefícios previdenciários e a serviços médicos por parte de não residentes, bem assim com a exigência de taxa judiciária excessiva. Ainda, com o julgado proferido no caso *Saenz v. Roe*, a Corte recuperou a importância da cláusula dos privilégios e imunidades, ao declarar inconstitucional a lei da Califórnia que limitara o pagamento de benefícios previdenciários aos novos residentes antes de viver um ano no Estado.¹⁷⁶

De outra parte, na doutrina lusitana, Novais traz uma série de referências a acórdãos nos quais o Tribunal Constitucional português, com respaldo no princípio da dignidade da pessoa humana, reconheceu um direito fundamental às prestações necessárias para uma existência digna. O autor refere que, primeiramente, foi acolhida a dimensão subjetiva e negativa desse direito, nos casos envolvendo a atualização de pensões por acidente de trabalho e da impenhorabilidade de prestações sociais na parte que excedam um rendimento mínimo de subsistência, “enquanto reconhecimento de um direito a não ser privado do que se considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente condigna”. Esse autor indica, para ilustrar, as decisões proferidas nos Acórdãos n. 232/91, 349/91, 62/02 e 177/02.¹⁷⁷ Também Sarlet comenta que, no Acórdão n. 349/91, o Tribunal Constitucional português decidiu-se pela inconstitucionalidade da penhora de benefício percebido por pensionista, ao argumento de que entre o direito do credor e o direito do pensionista a receber pensão condigna, deve esse último prevalecer, ainda que em total sacrifício do outro.¹⁷⁸ Já no Acórdão n. 318/99, o mesmo Tribunal Constitucional, sob o fundamento de que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe a afirmação de uma subsistência digna, declarou inconstitucional o dispositivo do Código de Processo Civil português que autorizava a penhora de até um terço das

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 66-68.

¹⁷⁷ Ressalte-se que a jurisprudência portuguesa e o próprio jurista utilizam indistintamente os termos “mínimo vital”, “mínimo existencial” e “mínimo de existência”, conquanto o sentido atribuído às expressões coincida com o empregado neste estudo. Cf. NOVAIS, *op. cit.*, 66-67.

¹⁷⁸ SARLET, 2002, *op. cit.*, p. 114.

prestações pagas a título de aposentadoria ou outro benefício social, cujo valor não fosse superior a um salário mínimo nacional. Assim, o salário mínimo nacional (ou qualquer outro benefício nesse valor fixado) constitui justamente a remuneração básica que objetiva corresponder aos ditames da dignidade da pessoa, no sentido de valor mínimo que o ordenamento estipula como necessário à sobrevivência digna.¹⁷⁹

Destaca ainda Novais que, posteriormente, o Tribunal Constitucional de Portugal deu um passo decisivo da maior relevância quando, no Acórdão n. 509/02, reconheceu a dimensão objetiva que decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, associado ao direito à segurança social, enquanto proibição de o Estado revogar, sem substituição, as normas jusfundamentais que prevêm a atribuição de prestações, pecuniárias ou em espécie, destinadas a assegurar os pressupostos materiais mínimos de uma existência condigna, donde a dedução de “uma obrigação, juridicamente exigível, de manutenção objectiva das prestações materiais destinadas a assegurar a existência condigna”. Assim, o tribunal português decidiu-se pela inconstitucionalidade da legislação que revogava a concessão do “rendimento social de inserção” aos jovens entre os 18 e os 25 anos que não possuíssem outros meios de sustento próprio, ao argumento de ausência de previsão de meios alternativos que assegurassem a esse grupo de indivíduos o mínimo à existência digna, direito reconhecido com base nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do Estado democrático de Direito.¹⁸⁰

Complementa Sarlet, que, no Acórdão n. 151/92, o mesmo tribunal já asseverava a existência de um direito à habitação (no sentido de um direito a ter uma moradia condigna) que – muito embora na dependência das opções tomadas pelo Estado e, nesse sentido, condicionadas pelos recursos disponíveis – por se cuidar de um direito fundado na dignidade da pessoa

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 114, nota 220.

¹⁸⁰ NOVAIS, *op. cit.*, p. 67 *et seq.*

humana, implica sempre um mínimo que o Estado deve satisfazer, inclusive impondo restrições aos direitos do proprietário privado.¹⁸¹

De modo similar à decisão do Tribunal Constitucional português, destaca-se a decisão da Corte de Apelação de Paris, quando, ao reconhecer a existência de um direito à moradia (*droit au logement*), por sua vez, reconduzido ao princípio da dignidade da pessoa humana, admitiu restrições ao direito de propriedade, que – de acordo com a Corte – não autoriza o abuso por parte do proprietário, notadamente quando configurado o abandono, de tal sorte que, nessas circunstâncias, deverá prevalecer o direito à moradia, pois se torna exigência para uma vida com dignidade.¹⁸²

Já Mathieu bem resume a posição da jurisprudência francesa, que tem utilizado o princípio da dignidade da pessoa humana para fundamentar a distinção dos direitos de natureza social, dentre os quais o direito ao mínimo existencial, que traduzem a proteção do homem em sua essência e existência:

*On ne peut laisser mourir un homme de froid, de faim ou de maladie et reconnaître à la fois son égale appartenance à l'humanité. La protection de la dignité de l'homme peut alors s'incarner dans un droit subjectif, celui d'obtenir des moyens propres à assurer son existence ou tout Du moins as survie.*¹⁸³

No mesmo sentido, situam-se as decisões que, em prol de uma proteção à dignidade da pessoa humana, reconhecem limitações à liberdade individual, especialmente no campo da autonomia privada e da liberdade contratual,

¹⁸¹ O direito fundamental à habitação encontrou previsão expressa no art. 65 da Constituição portuguesa de 1976. Cf. SARLET, 2002, *op. cit.*, p. 118, nota 221.

¹⁸² PAVIA, *op. cit.*, p. 109-10.

¹⁸³ MATHIEU, Bertrand. *La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel: à propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998. In: Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 6, 1998. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/pdf_cahiers/CCC6.pdf>. Acesso em: 21 out. 2009.

consoante observa Nobre Júnior,¹⁸⁴ inclusive – como já referido – no sentido de uma proteção da pessoa contra si mesma, referindo-se ao caso dos anões.

No âmbito da América Latina, Arango e Ripoll apontam que a sentença T-426/92 da Corte Constitucional colombiana foi a primeira a admitir o direito ao “*mínimo vital*”. Nesse caso, o demandante era um ancião de sessenta e nove anos que solicitara a substituição da pensão recebida do Estado e, transcorrido já um ano, ainda não havia obtido resposta. Sem recursos para pagar o aluguel, o demandante havia perdido sua casa e morava com um filho que o mantinha com dificuldade. Não possuía nenhum meio econômico de subsistência e necessitava do benefício para arcar com os custos de uma cirurgia a que tinha de submeter-se para não perder a visão. Assim, ao deferir a tutela, a Corte Constitucional teve por violado o direito fundamental ao “*mínimo vital*” que “*es consecuencia directa de los principios de dignidad humana y de Estado Social de Derecho que definen la organización política, social, y económica justa acogida como meta por el pueblo de Colombia en su Constitución*”.¹⁸⁵ Na sentença T-283/98, por sua vez, a Corte afirmou que:

*[...] el mínimo vital al que se ha hecho referencia, supone un derecho constitucional fundamental a la vida no entendido como mera existencia, sino como una existencia digna con las condiciones suficientes para desarrollar, en la medida de lo posible, todas las facultades de las que puede gozar la persona humana.*¹⁸⁶

¹⁸⁴ NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=161>>. Acesso em: 21 out. 2009.

¹⁸⁵ Não obstante a assinalada distinção semântica entre as expressões “mínimo existencial” e “mínimo vital”, o texto manteve-se fiel à expressão utilizada nos acórdãos, muito embora a Corte Colombiana confira significado amplo à garantia do “mínimo vital”, semelhante ao adotado neste trabalho para o conceito de mínimo existencial. Cf. ARANGO, Rodolfo; RIPOLL, Julieta Lemaitre. Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital. In: ARANGO, Rodolfo; RIPOLL, Julieta Lemaitre (dirs.). *Estudios Ocasionales del Cijus*. Bogotá D. C., Colômbia: Uniandes, 2002, p. 7-129, p. 8.

¹⁸⁶ Sentencia T-283/98, aprovada pela Sala de Revisão, na cidade de Santafé de Bogotá, D.C., em 04/06/98. Magistrado Ponente: Dr. Fabio Moron Diaz. Disponível em: <<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1998/Tutela/T-283-98.htm>>. Acesso em: 22 out. 2009.

Ainda, na sentença T-011/98, o mesmo tribunal explicita:

*Para la Corte el mínimo vital garantizado como derecho inalienable de todo trabajador, está constituido por los requerimientos básicos indispensables para asegurar la digna subsistencia de la persona y de su familia, no solamente en lo relativo a alimentación y vestuario sino en lo referente a salud, educación, vivienda, seguridad social y medio ambiente, en cuanto factores insustituibles para la preservación de una calidad de vida que, no obstante su modestia, corresponda a las exigencias más elementales del ser humano.*¹⁸⁷

Esses desenvolvimentos teóricos, explicam Arango e Ripoll, resultaram na orientação de que a avaliação do mínimo existencial deve sopesar as necessidades biológicas das pessoas caso a caso, respaldando, com isso, a aplicação de um critério qualitativo no estabelecimento do conteúdo das prestações mínimas e explicando, assim, a variação dos montantes ou prestações concretamente deferidos. Em outros termos, a Corte Constitucional colombiana estabeleceu a necessidade de um juízo de adequação do mínimo existencial ao nível de vida, à situação social e às necessidades familiares de quem postula a tutela, permitindo a conformação das obrigações decorrentes do direito às diferentes circunstâncias pessoais de cada um.¹⁸⁸

Arango e Ripoll ainda referem que a Corte Constitucional reconheceu como sujeitos passivos do direito ao mínimo vital, tanto o Estado, quanto a sociedade e a família, donde se identifica uma eficácia desse direito fundamental nas relações entre particulares.¹⁸⁹ Mais adiante, informam que a jurisprudência constitucional colombiana ainda estabeleceu a regra de inversão do *onus probandi*, a presumir a boa-fé do requerente da tutela e a determinar, por conseqüência, que o demandado possui a carga da prova acerca da

¹⁸⁷ Sentencia T-011/98, aprovada pela Sala de Revisão, na cidade de Santafé de Bogotá, D.C., em 29/01/98. Magistrado Ponente: Dr. Jose Gregorio Hernandez Galindo. Disponível em: <<http://web.minjusticia.gov.co/jurisprudencia/CorteConstitucional/1998/Tutela/T-011-98.htm>>. Acesso em: 22 out. 2009.

¹⁸⁸ ARANGO; RIPOLL, *op. cit.*, p. 20-21.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 24.

exoneração da responsabilidade.¹⁹⁰ Finalmente, os autores explicam que o direito ao mínimo vital é, normalmente, atrelado à prova da urgência da tutela pleiteada – critério que aparece nas sentenças mais importantes sobre o tema.¹⁹¹

Trazendo a questão para a seara nacional, não podemos deixar de fazer referência à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 45, relatada pelo Ministro Celso de Mello. Neste caso, o autor solicitara o controle concentrado da constitucionalidade do veto presidencial aposto ao dispositivo legal que regulamentava as dotações orçamentárias mínimas para a área da saúde, em cumprimento às normas da Emenda Constitucional n. 29/2000. Conquanto o preceito impugnado tenha sido posteriormente substituído por outro, restando então regulada legislativamente a norma constitucional, o STF não se furtou em posicionar-se sobre a matéria. Asseverou a impossibilidade de omissão estatal quanto àquele “núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo”, cuja violação autoriza “a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado”.¹⁹² No mesmo sentido, a decisão emblemática proferida pelo STF, igualmente da lavra do Ministro Celso de Mello (Agravo Regimental no RE n. 271.286-8/RS), em que restou consignado – em hipótese que versava sobre o fornecimento de medicamentos pelo Estado (no caso, paciente portador de HIV) – que a saúde é direito público subjetivo não podendo ser reduzido à “promessa constitucional incoseqüente”.¹⁹³

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 43.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 77-78.

¹⁹² Nessa decisão, o exame da garantia do mínimo existencial também foi confrontado com a incidência da reserva do possível, especialmente quanto a restrições financeiro-orçamentárias. A decisão encontra-se publicada no Informativo n. 345 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2009.

¹⁹³ A decisão encontra-se publicada no Informativo n. 210 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 21 out. 2009.

Do até aqui exposto, resultam já pelo menos duas constatações. A primeira, diz com o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou mínimo de sobrevivência, de vez que este último refere à garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência em condições dignas. Nesse sentido, Sarlet observa que “não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não é sequer de longe – o suficiente”.¹⁹⁴ A interpretação do conteúdo do mínimo existencial (conjunto de garantias materiais para uma vida condigna) é a que tem prevalecido não apenas na Alemanha, mas também na doutrina e jurisprudência constitucional comparada, notadamente na doutrina e jurisprudência portuguesa e francesa e, de algum modo, parece ter sido assumida como substancialmente correta também por expressiva doutrina e jurisprudência sul-americana, como dão conta, em caráter ilustrativo, as decisões colacionadas da Corte Constitucional colombiana e do Supremo Tribunal Federal.

A segunda constatação diz respeito à fundamentação de um direito à garantia de um mínimo existencial. Ao passo que doutrina e jurisprudência europeia e sul-americana não aderiram – ou pelo menos não diretamente – a uma fundamentação liberal do mínimo existencial, embasando-o, como já referido, na dignidade da pessoa humana e no dever de concretização pelos órgãos estatais da cláusula geral do Estado Social, percebe-se que no direito anglo-saxão o mínimo existencial recebeu uma fundamentação eminentemente liberal, como garantia da própria liberdade.

Consoante Sarlet, se por um lado é possível certa convergência entre uma fundamentação liberal e uma justificação social, esta não deve – ou, pelo menos não deveria – levar à desconsideração das diferenças efetivas entre ambas as vias fundamentais.¹⁹⁵ As diferenças existem e resultam, sim, em problemas concretos, vinculados, entre outros tantos, ao papel do Judiciário na

¹⁹⁴ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 567.

¹⁹⁵ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 568-69.

proteção e efetivação do mínimo existencial e à definição deste em termos de direitos sociais – aspectos que serão analisados no tópico adiante.

3.2.1 O mínimo existencial e os direitos fundamentais sociais

No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial. Tal relação dá origem, basicamente, a duas posições doutrinárias. A primeira, sustentada por Torres, quer ligar o conceito do mínimo existencial ao assim denominado *status positivus libertatis*, entendendo-o como *conditio sine qua non* às condições iniciais de liberdade. Esse autor expressa, *in verbis*:

Parece-nos que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres. Os direitos sociais máximos devem ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Esse é o caminho que leva à superação da tese do primado dos direitos sociais prestacionais (ou direitos a prestações positivas do Estado, ou direitos de crédito – *droit créance* – ou *Teilhaberecht*) sobre os direitos da liberdade, que inviabilizou o Estado Social de Direito, e ao desfazimento da confusão entre direitos fundamentais e direitos sociais, que não permite a eficácia destes últimos sequer na sua dimensão mínima.¹⁹⁶

Para Torres, a transformação dos direitos sociais prestacionais em mínimo existencial significaria a metamorfose dos “direitos da justiça” em “direitos de liberdade”, com a vantagem de que a liberdade caracteriza-se simultaneamente como valor e dado existencial, o que não é comum aos bens constitucionalmente resguardados por direitos sociais. Como o homem não

¹⁹⁶ TORRES, *op. cit.*, p. 41

pode ser privado do mínimo necessário à conservação da própria vida e das condições iniciais de liberdade, o mínimo existencial – e as prestações sociais nele convertidas – estariam assegurados. “O fundamento do direito ao mínimo existencial”, sublinha o autor, “está nas condições para o exercício da liberdade, que alguns autores incluem na liberdade para (*freedom to*), por oposição à liberdade de (*freedom from*)”, isto é, “na liberdade real, por contraste com a formal, ou na liberdade positiva, para diferenciá-la da negativa”.¹⁹⁷

O autor ainda tece críticas ao despacho do Ministro Celso de Mello na ADPF 45, *in verbis*:

O Supremo Tribunal Federal, em despacho do Min. Celso de Mello, proferido em caráter doutrinário, pois a ação declaratória de preceito fundamental já estava prejudicada, confundiu os direitos sociais com os fundamentais, deu à reserva do possível interpretação extensiva e abrangente, para torná-la suscetível de aplicação pelo Judiciário, e abusou da interpretação terminológica, utilizando a expressão “disponibilidade financeira” para suprir assim a falta de verba orçamentária como a de dinheiro.¹⁹⁸

A tese de Torres, entretanto, parece acolher as concepções vigentes nas Constituições alemã e portuguesa no que concerne à carência de fundamentalidade dos direitos sociais, ou pelo menos à fundamentalidade mitigada de que se revestem na Constituição portuguesa, já que não tutelados, de forma plena e rica de instrumentos jurídicos, como os direitos, liberdades e garantias. Nesses países, são objeto de proteção jusfundamental ampla apenas os direitos de liberdade, razão para que as prestações sociais mínimas sejam reconduzidas a essa categoria, a fim de que possam ser resguardadas, deixando a efetivação máxima dos direitos sociais para o legislador ordinário, em esfera alheia à tutela jusfundamental. Essa concepção restritiva possibilitaria a transposição das dificuldades de efetivação dos direitos sociais

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 139-42

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 108-10.

que, pela ausência de regulação legal, insuficiente organização dos serviços, carência de recursos humanos e orçamentários, por uma série de motivos, enfim, acabam não realizados nem mesmo nos níveis mais essenciais.¹⁹⁹

Essa compreensão, todavia, não coaduna com a fundamentalidade que o ordenamento constitucional brasileiro reconhece aos direitos sociais, o que – como já referido – se depreende, entre outros, das normas insertas nas cláusulas gerais dos §§ 1.º e 2.º do art. 5.º da CF.²⁰⁰ A Constituição brasileira não fez nenhuma ressalva quanto à fundamentalidade dos direitos sociais, tampouco prevê uma dualidade de regimes jurídicos, consagrando-os sob o mesmo Título II e outorgando-lhes os mesmos instrumentos jurídicos previstos para a tutela, inclusive judicial, dos direitos individuais e políticos. Não fosse isso suficiente, não deveria haver qualquer resquício de dúvida no que concerne, por exemplo, à importância do direito à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à assistência e à previdência social, tanto para o efetivo gozo dos direitos à vida, à liberdade e à igualdade, quanto para o próprio princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, uma vez que se estende a fundamentalidade constitucional a outros direitos – direitos reconhecidos em instrumentos internacionais firmados pelo Brasil, direitos implícitos e direitos decorrentes dos princípios e do regime constitucional – foge à lógica retirar o mesmo caráter jusfundamental de direitos explicitamente positivados e previstos sob a expressão “Dos Direitos e Garantias Fundamentais, como o são os direitos sociais.”²⁰¹

De salientar, portanto, que os direitos sociais representam, assim como os outros direitos fundamentais, o ideário de justiça, solidariedade, liberdade e igualdade reais, detendo a mesma hierarquia axiológico-fundamental conferida à totalidade dos direitos fundamentais. Já foi referido alhures que, na

¹⁹⁹ KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. A Constituição concretizada: construindo poderes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 25-60, p. 42-43.

²⁰⁰ Sobre a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais, consultar o primeiro capítulo deste estudo.

²⁰¹ FIGUEIREDO, *op. cit.*, p. 198.

perspectiva formal, as normas de direitos sociais gozam de aplicabilidade imediata e supremacia normativa, sendo resguardadas pelo mesmo procedimento dificultado e pelas mesmas garantias de intangibilidade estabelecidas para quaisquer emendas constitucionais – como decorre, notadamente, da interpretação articulada do art. 5.º, § 1.º, e do art. 60, § 4.º da CF. A inadmissão da fundamentalidade dos direitos sociais prestacionais não condiz, enfim, com uma interpretação sistemática da Constituição vigente que, conquanto possa ser alvo de críticas, representa a superação de um período histórico de *supressão* dos direitos fundamentais.

Ressalve-se, todavia, que, mesmo se salientando não se poder assentir com as premissas da tese sustentada por Torres, também não se poderia deixar de referenciá-la, menos ainda de reconhecer que, em última análise, o objetivo a direcioná-la seja semelhante ao que impulsiona este estudo: fixar criteriosamente os limites da eficácia dos direitos sociais, para que, com segurança jurídica, possam ser efetivados na sociedade brasileira. Nessa perspectiva, a questão mais parece um problema de efetividade dos direitos sociais do que propriamente de ausência de fundamentalidade.

De outro turno, parte da doutrina sustenta que a teoria do mínimo existencial, por sua imprecisão básica, perde-se no argumento do voluntarismo político, ficando o mínimo para a vida humana à mercê da vontade dos governantes. A teoria do mínimo existencial, nessa acepção, estaria servindo de justificativa para uma interpretação restritiva dos direitos sociais, esvaziando-os em amplitude e magnitude – assim como, indiretamente, à própria dignidade da pessoa humana. “Isto significa que o princípio da dignidade humana, basilar no sistema constitucional, deixe de apresentar sua dimensão social e econômica”.²⁰²

Contra-argumenta Clève, todavia, que “se é certo que os direitos sociais têm uma eficácia progressiva, isso não significa que possam ser considerados

²⁰² BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b, p. 107-34, p. 122.

como meras normas de eficácia diferida, programática, limitada”. Explica o autor que os direitos sociais criam, desde logo, posições jurídico-subjetivas positivas, decorrentes da incidência dos direitos em questão, mas, igualmente, da irradiação do princípio da dignidade da pessoa humana. Da confluência dos dois, sustenta-se a obrigação do Estado consistente no respeito ao mínimo existencial. Definir esse mínimo não é tarefa fácil, mas o que se sustenta é que, para a observância desse mínimo, pode o cidadão, desde logo, recorrer ao Poder Judiciário, e este, do ponto de vista constitucional, está autorizado a decidir a respeito. Todavia, “é evidente que os direitos fundamentais não são absolutos, razão pela qual o juiz haverá sempre de proceder à ponderação dos bens constitucionais, princípios e direitos em jogo, para melhor decidir a questão”.²⁰³

Uma vez mais, saliente-se que o mínimo existencial não se confunde com o mínimo à sobrevivência. Posto que estreitamente atado à noção de dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial há de refletir o escopo de realização do ser humano. A garantia do mínimo existencial independe de expressa previsão constitucional, já que decorrente do direito à vida e do princípio da dignidade da pessoa humana, e, sem em cair em excessos, deve servir para assegurar condições de alimentação, saúde, educação, moradia, segurança, lazer e informação, que, mesmo em termos mínimos, permitam a fruição de uma vida digna, com liberdade e igualdade reais.

De outra banda, “os direitos sociais não têm a função de dar ao brasileiro apenas o mínimo”. Ao revés, a Constituição “aponta para a idéia de máximo, mas de máximo possível (o problema da possibilidade)”, determinando “cuidado, prudência e responsabilidade no campo da atividade judicial” – remata Clève.²⁰⁴ Daí que os direitos sociais não possam e não devam ser reduzidos pura e simplesmente a concretizações e garantias do

²⁰³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. II – n. 8, p. 151-161 – jul./set. 2003, p. 159-61. Disponível em: <<http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/boletim-cientifico/boletim8.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2009.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 160.

mínimo existencial, até porque, como já anunciado, não é certo que todos os direitos fundamentais sociais tenham um fundamento direto na dignidade da pessoa humana e, portanto, um conteúdo certo em dignidade, o que, de resto, não afasta a possibilidade de se extrair deles e do seu conteúdo essencial alguma consequência jurídica concreta em termos de proteção negativa ou positiva.

Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas (ONU), aos Estados-Partes cabe uma obrigação mínima de assegurar a satisfação, ao menos em níveis essenciais, de cada um dos direitos econômicos, sociais e culturais previstos pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Esses níveis básicos dizem respeito ao conteúdo essencial desses direitos, como mencionam Arango e Ripoll. Nesse sentido, a manifestação da Corte Constitucional colombiana:

El derecho al mínimo vital no sólo incluye la facultad de neutralizar las situaciones violatorias de la dignidad humana, o la de exigir asistencia y protección por parte de personas o grupos discriminados, marginados o en circunstancia de debilidad manifiesta (C.P. artículo 13), sino que, sobre todo, busca garantizar la igualdad de oportunidades y la nivelación social en una sociedad históricamente injusta y desigual, con factores culturales y económicos de grave incidencia en el "déficit social".²⁰⁵

De acordo com os juristas colombianos, a reflexão sobre os direitos humanos tem índole moral e política, pois, apesar de positivados – tanto no direito internacional como na Constituição – a sua interpretação implica a resposta a uma pergunta central sobre o “justo”, assim como a consagração desses direitos é também uma resposta a essa pergunta. De outra parte, as teorias de justiça têm diversas concepções sobre o conteúdo dos direitos, de tal sorte que, diante de uma idêntica positivação dos direitos, se podem deduzir diversos conteúdos, dependendo da teoria de justiça em que se fundamentem as respectivas interpretações. A Corte Constitucional colombiana, por exemplo,

²⁰⁵ ARANGO; RIPOLL, *op. cit.*, p. 50-51.

reconhece os direitos sociais como fundamentais, insistindo que dentro do conceito desses direitos encontra-se o dever positivo do Estado de atuar inclusive para prevenir um dano iminente à pessoa que desconhece seus direitos sociais. Detrás dessa jurisprudência, por certo, vige uma teoria da justiça, segundo a qual não é possível falar de igualdade, sem uma igualdade material mínima, de liberdade, sem acesso aos recursos básicos indispensáveis, nem de vida, senão de vida com um mínimo de dignidade humana – conclusão com a qual se pode assentir.²⁰⁶

De todo o exposto, há como extrair, ainda, outra constatação relevante e essencial para os desenvolvimentos subseqüentes, qual seja a impossibilidade de se estabelecer, de forma apriorística e de modo taxativo, um rol das posições jurídico-subjetivas correspondentes ao mínimo existencial, que, de resto, não afasta a possibilidade de se inventariarem as conquistas já sedimentadas e que, sem excluïrem outras possibilidades, servem como uma espécie de roteiro a guiar o intérprete e, de modo geral, os órgãos vinculados à concretização da garantia do mínimo existencial. É nesse sentido que compreendemos o propósito de Barcellos, ao sustentar que “uma proposta de concretização do mínimo existencial, tendo em conta a ordem constitucional brasileira, deverá incluir os direitos à educação fundamental, à saúde básica, à assistência no caso de necessidade e ao acesso à justiça”.²⁰⁷

O mínimo existencial, portanto, na condição de direito-garantia fundamental autônomo, constitui um *plus* em relação aos direitos fundamentais sociais. “As prestações relativas à garantia da dignidade da pessoa humana no conceito de mínimo existencial”, sustenta Tavares, “teriam a natureza de direitos fundamentais originários, ou seja, direitos subjetivos a prestações estatais, deduzidas diretamente das normas constitucionais consagradoras”.²⁰⁸

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 61-65.

²⁰⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 305.

²⁰⁸ TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito à saúde (STF): comentários. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 3, p. 392-410, p. 399.

De salientar, todavia, que tais prestações devem ser estabelecidas em função de uma análise *in concreto* que, à semelhança da definição do conteúdo essencial dos direitos, leve em conta o tipo de sociedade e as exigências e expectativas referentes ao direito em jogo, uma vez que o conteúdo de um direito não é algo fixo nem alheio à comunidade em que se radica.²⁰⁹

Por derradeiro, antes de enveredar na seara da eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares, convém frisar que, assim como ocorre com a dignidade da pessoa humana e com os direitos fundamentais sociais de um modo geral, também ao mínimo existencial corresponde todo um complexo heterogêneo de posições jurídico-subjetivas negativas (defensivas) e positivas (prestacionais), expressas e/ou implícitas, que precisam ser devidamente consideradas em qualquer análise a ser feita do tema, notadamente naquilo que se estiver a discutir a proteção e promoção do mínimo existencial por parte do – e contra o – Estado e a sociedade.

²⁰⁹ ARIZA, Santiago Sastre. Hacia una teoría exigente de los derechos sociales. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, ES: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 112, año 2001, p. 253-70, abr./jun. 2001, p. 268.

4. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Como já anunciado, ocupar-nos-emos, doravante, com a problemática da eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares. Em suma, trata-se de saber se pode o particular (independentemente da dimensão processual do problema)²¹⁰ recorrer aos direitos fundamentais sociais nas relações com outro particular, que, nesse caso, exerce o papel de destinatário (obrigado), mas que, por sua vez, também é titular de direitos fundamentais. A natureza peculiar ao problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é justamente que, nessas, ambas (ou todas) as partes são titulares de direitos fundamentais, de tal sorte que se impõe a proteção dos respectivos direitos, bem como a necessidade de se firmarem restrições recíprocas, estabelecendo-se uma colisão de direitos fundamentais, inexistente, em regra, no âmbito das relações entre cidadão/Estado, já que este último, ao menos em princípio, não pode opor direitos fundamentais ao primeiro.²¹¹

O debate a respeito da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais, no âmbito das relações jurídico-privadas, ganhou consistência na Alemanha, a partir de década de cinquenta, quando foi cunhado o termo *drittwirkung der grundrechte* (eficácia em relação a terceiros), gerando acirrada controvérsia até mesmo na esfera terminológica – conforme será visto a seguir.

²¹⁰ A dimensão processual do problema diz respeito aos meios processuais para tornar efetivos os direitos fundamentais nas relações interprivadas, assumindo destaque, nesse contexto, o problema da possibilidade de o particular, via ação judicial, opor-se diretamente à eventual violação de direito fundamental seu por parte de outro particular. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 110.

²¹¹ Registre-se, contudo, que a inoponibilidade de direito fundamental por parte de entidades públicas em relação aos particulares encontra-se excepcionada nas hipóteses em que o poder público é também titular de direitos fundamentais, como ocorre com o direito de propriedade, liberdade de comunicação etc. Cf. NUNES, Anelise Coelho. *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 96-99.

4.1 Opções terminológicas: uma questão não meramente semântica

Um dos argumentos levantados contra o termo eficácia em relação a terceiros é que, de fato, não se trata propriamente de um terceiro nível eficaz (ou de uma terceira classe de destinatários), mas sim de um segundo nível, já que está em pauta aqui a vinculação dos particulares (eficácia horizontal) em contraposição à clássica e incontestada vinculação das entidades estatais, no âmbito das relações (verticais) entre particular e Estado. Tal argumento acabou por dar origem à outra expressão – *horizontalwirkung*, que significa eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Mas também essa expressão tem sido rejeitada, especialmente, em face do argumento de que ela induz à idéia de igualdade entre as partes na relação, desconsiderando, assim, o fenômeno dos poderes privados, que se manifesta nas relações entre particulares quando há proeminência de uma parte e sujeição da outra, como, por exemplo, nas relações entre empregados e empregadores e entre corporações transnacionais e consumidores. Finalmente, outra expressão empregada, até mesmo na doutrina alemã, é a genérica “eficácia privada”, para abranger tanto o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais como o da vinculação do legislador privado.²¹²

De outra banda, como bem destaca Steinmetz, mesmo o termo eficácia suscita algumas perplexidades.²¹³ Um exemplo da postura crítica em relação ao emprego dessa palavra é Peces-Barba, para quem a extensão dos direitos fundamentais às relações de direito privado é um problema de validade e não de eficácia, porque se reporta aos âmbitos de validade pessoal (titulares dos direitos fundamentais) e de validade material (relações materiais às quais se aplicam os direitos fundamentais). Para o jurista espanhol, o questionamento da eficácia diz respeito à garantia processual dos direitos fundamentais nas

²¹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-92, p. 134-135.

²¹³ STEINMETZ, *op. cit.*, p. 39.

relações jurídicas privadas, mais especificamente, reporta-se à impetração do recurso de amparo para garantir a proteção dos direitos fundamentais entre particulares junto ao Tribunal Constitucional espanhol.²¹⁴

Por outro lado, também a expressão validade não é isenta de ambigüidades, já que significa, principalmente, a “propriedade (ou a relação de) da conformidade, formal e material, da norma jurídica a normas de hierarquia jurídica superior”,²¹⁵ sentido este que não guarda nenhuma pertinência com o que aqui se discute – sendo, ainda, por vezes, no aspecto formal, empregada como sinônimo de vigência.²¹⁶

De outra parte, tendo em conta o significado que normalmente se confere ao termo eficácia no discurso jurídico brasileiro, este – de modo geral – revela-se mais adequado para expressar o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. É o que defende Sarlet, para quem:

[...] ao versarmos sobre a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, estamos, de qualquer sorte, situados no âmbito da problemática mais ampla da eficácia (no caso, eficácia vinculante) das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais no âmbito das relações entre particulares.²¹⁷

De qualquer modo, é de ter-se em consideração, ainda, que a exatidão do emprego das diversas expressões depende essencialmente da concepção que se defenda para explicar o problema. Neste estudo, opta-se por utilizar, indistintamente, as fórmulas “eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares” ou mesmo “vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais”, por expressarem, com razoável precisão, a questão que ora se investiga.

²¹⁴ PECES- BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Univ. Carlos III de Madrid, 1995, p. 617-19.

²¹⁵ STEINMETZ, *op. cit.*, 48

²¹⁶ CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2.ed. Campinas, SP: Millennium, 2006, p. 101-02.

²¹⁷ SARLET, 2000, *op. cit.*, p. 114.

Uma análise do tema da eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares, tal como ora se propõe a efetuar, inevitavelmente, não poderá desconsiderar a lição de Robert Alexy, para quem são dois os principais aspectos a serem enfrentados, *in verbis*:

Atualmente a idéia de que normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre como as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um problema de construção. A questão sobre em que extensão elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um problema de colisão. Tanto o problema de construção quanto o de colisão resultam de uma diferença fundamental entre a relação Estado/cidadão e a relação cidadão/cidadão. A relação Estado/cidadão é uma relação entre um titular de direitos fundamentais e um não-titular. A relação cidadão/cidadão é, ao contrário, uma relação entre titulares de direitos fundamentais.²¹⁸

Portanto, o cerne do problema, repita-se, reside em saber *como* – com base em que recursos hermenêuticos – e *em que medida* – coordenar os direitos fundamentais em jogo. Antes, contudo, de se dedicar a esses pontos nucleares da problemática, não se poderia furtar de lançar um olhar sobre os pressupostos que têm servido de base de sustentação para uma eficácia dos direitos fundamentais – seja a que título for – nas relações entre particulares.

4.2 A Constituição e o Direito Privado

As relações entre a Constituição e o Direito Privado sempre foram guiadas por uma lógica complexa, dialética e dinâmica de influência recíproca – anota Sarlet. De fato, já desde a época das primeiras Constituições modernas, essa relação distingue-se ao longo do tempo, especialmente em termos quantitativos e qualitativos, dependendo do lugar ocupado pelo Direito

²¹⁸ ALEXY, *op. cit.*, p. 528 [grifo tal qual o original].

Constitucional, dos efeitos atribuídos às normas constitucionais e do papel desempenhado pelo que ainda se poderia chamar de um Direito Privado. Como observa Hesse: *“ha conducido por necesidad interna desde la originaria yuxtaposición ampliamente incomunicada de ambos ámbitos a una relación de recíproca complementariedad y dependencia”*.²¹⁹

A noção de que a Constituição é uma norma dotada de imperatividade, cujos comandos podem ser tutelados em juízo quando não forem espontaneamente respeitados, embora possa hoje parecer uma obviedade, demorou algum tempo para se firmar – anota Sarmento. Por longo tempo, campeou, sobretudo na Europa, em razão da ausência de uma jurisdição constitucional, a idéia de que a Constituição conteria uma proclamação de princípios políticos, que dependeriam sempre do legislador para a produção de efeitos concretos. Ela dirigir-se-ia aos poderes constituídos, em especial ao Executivo e ao Legislativo, mas não seria acessível ao juiz, muito menos ao cidadão. Sustentava-se que as declarações de direitos incorporadas às Constituições não seriam mais que princípios filosóficos e morais, sem valor jurídico. Os direitos fundamentais somente valiam no âmbito e no limite das leis que os reconhecessem, não sendo possível a invocação direta da Constituição pelos jurisdicionados.²²⁰

A adoção progressiva de instrumentos de controle de constitucionalidade em toda a Europa, ao longo do século XX, foi modificando, todavia, essa concepção, tendo importado a afirmação prática do valor jurídico e da supremacia normativa da Constituição. Passa-se, dessa forma, do Estado de Direito oitocentista para o Estado Constitucional, que é aquele no qual, consoante a lição de Zagrebelsky, *“la Ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de*

²¹⁹ HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 2001, p. 70.

²²⁰ Essa concepção não se estendia aos Estados Unidos, que, desde o início da sua trajetória constitucional, consideram que a Constituição vincula também o legislador, que pode ser censurado utilizando-se a *judicial review*, conforme ficou estabelecido a partir do julgamento pela Suprema Corte norte-americana de *Marbury v. Madison*, em 1803. Cf. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 50-51.

subordinación, a um estrato más alto de derecho establecido por la Constitución".²²¹

Paralelamente a essa mudança, foi também se desencadeando, na Europa, outro processo, vinculado à emergência do Estado Social, consistente na redefinição dos papéis da Constituição: se, no Estado Liberal, ela se cingia a organizar o Estado e a garantir direitos individuais de defesa (liberdade, privacidade, propriedade, integridade física etc.), dentro do novo paradigma ela passa também a disciplinar as relações econômicas e privadas, além de apontar caminhos, metas e objetivos, a serem perseguidos pelos Poderes Públicos no afã de transformar a sociedade.²²²

Ilustrativo desse novo modelo de Estado é o surgimento do Direito do Trabalho. A revolta contra o nível de exploração do trabalhador, que atingira o paroxismo na Europa durante a Revolução Industrial, a democratização do Poder Legislativo, com a progressiva universalização dos direitos políticos, e a influência de correntes de pensamento, como o socialismo utópico, o marxismo e a doutrina social da Igreja, contribuiriam decisivamente para o advento desse novo campo do Direito, que vai subtrair dos domínios do Direito Civil a regulamentação das relações de trabalho, até então disciplinadas pelo contratual, sob o rótulo de *locação de serviços*.²²³ A justiça passa a ser compelida a proporcionar materialmente – e não mais apenas formalmente – a igualdade de direitos e a minorar o desequilíbrio entre as partes. Se o Direito Civil, com absoluta desconsideração dos fatos reais, presumia a igualdade entre as partes contratantes e confiava na autonomia da vontade, não intervindo, senão excepcionalmente, nas relações laborais, o Direito do

²²¹ A Supremacia da Constituição está associada à mudança na concepção de leitura do sistema jurídico. O que antes guardava o fundamento de validade na lei passa a ter a Constituição como orientadora do sistema de valores, modificando o conceito de Direito, e transformando os direitos fundamentais, que deixam de ser apenas objeto e passam a ser parâmetro de atuação dos poderes públicos, inclusive o legislativo. Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 8.ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 34.

²²² SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 51.

²²³ Sobre o processo histórico de surgimento do Direito do Trabalho, e suas bases teóricas e filosóficas, cf. CHIARELLI, Carlos Alberto. *O trabalho e o sindicato: evolução e desafios*. São Paulo: LTr, 2005, p.21-122.

Trabalho vai evoluir para o reconhecimento da inferioridade em que se encontra o empregado no contrato de trabalho, pela sua condição de dependência econômica e subordinação ao empregador, para assim consagrar o princípio da proteção jurídica do empregado, como meio de garantir o equilíbrio nas relações contratadas entre empregado e empregador.²²⁴ Esse fenômeno, que se inicia com edição de esparsa legislação social no curso do século XIX, chega ao ápice após a Primeira Guerra Mundial, com a incorporação de medidas de caráter social aos textos das Constituições, ao lado da intensificação da legislação ordinária, abrangendo os mais variados aspectos da regulamentação do trabalho.²²⁵ Além disso, como observa Sarmento:

[...] também a partir da Primeira Guerra Mundial começa a operar-se na Europa uma significativa mudança no panorama da legislação civil [...]. A quantidade de normas especiais se avolumava, disciplinando novos institutos do Direito privado, surgidos com a evolução econômica, ou subtraindo outros do âmbito do Código Civil, para submetê-los à nova disciplina, mais consentânea com as necessidades de uma sociedade que se industrializava e de um Estado que mudava de feições, tornando-se social. Este processo intensifica-se na Europa depois da 2ª Guerra Mundial, pois a evolução do cenário econômico e social passara a reclamar uma intervenção cada vez mais intensa do legislador.²²⁶

Ocorre que, diante dessa mudança, a doutrina constitucional hegemônica inicialmente não atribuiu caráter vinculante a toda a Constituição, mas apenas à sua parte orgânica e às normas consagradoras dos direitos liberais e políticos. Os demais mandamentos constitucionais, característicos das Cartas sociais do século XX, eram vistos como “normas programáticas”, desprovidas de aplicabilidade imediata, e que, por isso, dependeriam da *interpositio legislaore* para deflagração de efeitos. Assim, a ampliação da

²²⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do direito do trabalho*. 3.ed. atual. São Paulo: LTr, 2000, p. 83-139.

²²⁵ GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 1-07.

²²⁶ SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 72-73.

Constituição, como observa Bonavides, pagou, no primeiro momento, um preço caro: a crise de juridicidade.²²⁷ Daí sedimentar-se a doutrina de Cooley, que dividia as normas constitucionais em *autoexecutáveis* ou *autoaplicáveis* (*self-executing provisions*) e *não autoexecutáveis* ou *não autoaplicáveis* (*not self-executing provisions*), lançando estas últimas em um verdadeiro “limbo” jurídico, ao negar-lhes qualquer eficácia vinculante.²²⁸

Contra a referida doutrina, ergueu-se uma forte reação na Itália, sobretudo a partir da obra de Vezio Crisafulli, *La Costituzione e le sue Disposizioni di Principio*, publicada em 1952, na qual o autor vai afirmar que todas as normas constitucionais são jurídicas e produzem alguma sorte de efeito. No Brasil, essa tese reflete-se nas lições de Meirelles Teixeira, José Afonso da Silva e Luís Roberto Barroso, dentre outros. Esses autores, embora usando classificações e terminologias distintas, vão estar de acordo na pregação de que, apesar de existirem gradações entre os efeitos dos preceitos constitucionais, todos possuem pelo menos uma eficácia mínima, uma vez que: (i) influenciam a interpretação e integração do ordenamento jurídico; (ii) vinculam negativamente o legislador e a administração, que não podem agir de modo contrário à norma; e (iii) acarretam a não-recepção do direito anterior incompatível.²²⁹

De outra parte, é certo que o Direito se forma com elementos colhidos na realidade, de modo que qualquer legislação se não tiver ressonância no sentimento social estará condenada ao insucesso. Com efeito, quando os textos constitucionais acenam no sentido de mudanças profundas e contemplam promessas generosas, mas seus comandos não logram nenhuma eficácia social, criam um profundo abismo entre o *dever-ser* tipificado na norma e o *ser* da realidade social, que corrói a crença na Constituição como

²²⁷ Consoante Bonavides, desaparelhado de ferramentas teóricas com que interpretar e caracterizar os novos institutos e princípios introduzidos nas Constituições, o velho Direito Constitucional entrou em crise, o que resultou numa queda da juridicidade das Constituições. Cf. BONAVIDES, *op. cit.*, p. 207-08.

²²⁸ SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 51.

²²⁹ *Ibidem*, p. 52-53.

norma²³⁰e, no imaginário social, dá-se uma completa inversão de valores. Em tal sentido, observa Sarmento: “mais do que a Constituição vale a lei, e ainda mais do que esta, a portaria do Ministro”.²³¹

Nesse contexto, não é de se estranhar que alguns setores da comunidade jurídica, comprometidos com a luta pela justiça social, não devotassem, até bem pouco tempo, maior apreço à Constituição, vista como mais um instrumento ideológico a serviço da classe burguesa. Durante algum tempo, essa era a visão predominante, inclusive entre os juristas brasileiros integrantes do movimento do Direito Alternativo,²³² que, descartando a dogmática, preferiam o discurso da desconstrução do saber jurídico tradicional, apontado como instrumento a serviço da dominação burguesa, seguindo a linha da doutrina marxista que percebia o Direito como um mero elemento da superestrutura condicionado pela infraestrutura das relações de produção.²³³ Tal visão correspondia, na seara constitucional, a teoria cética de Lassalle, jurista alemão contemporâneo de Marx, que, no seu famoso ensaio *A essência da Constituição*, negava qualquer valor à Constituição, equiparada por ele a uma “folha de papel”. Afirmava Lassalle:

Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as Constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder

²³⁰ BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 60-61.

²³¹ SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 53.

²³² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória *In*: VASCONCELOS, Antonio Vital Ramos de, et. al. *Uma vida dedicada ao direito*: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34-53, p. 36-39.

²³³ Cumpre advertir que essa concepção adotada pelo marxismo clássico foi posteriormente revisada e tornou-se sofisticada, sobretudo em razão da influência do pensamento de Antonio Gramsci, que defendia a existência de um efeito de retroação da superestrutura sobre a infraestrutura econômica, o que já abre a possibilidade de reconhecimento de alguma força transformadora no Direito. Cf. GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, v. 3, p. 36.

que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar.²³⁴

Foi para combater, de um lado, o ceticismo de Lassalle e, de outro, certas concepções constitucionais, que acarretavam o amesquinhamento da eficácia da Constituição, que Hesse elaborou sua teoria sobre “a força normativa da Constituição”.²³⁵ A teoria de Hesse opõe-se tanto ao normativismo kelseniano (que, no plano constitucional, isola a Constituição da realidade social,²³⁶ preocupando-se apenas com a primeira), como também ao sociologismo de Lassalle (que despreza as dimensões normativas do fenômeno constitucional). Para Hesse, as *possibilidades*, mas também os *limites* da força normativa da Constituição resultam da correlação entre ser (*Sein*) e dever-ser (*Sollen*), que podem ser diferenciados, mas não podem, todavia, ser definitivamente separados ou confundidos.²³⁷ Assim, a pretensão de eficácia da norma constitucional somente será realizada, se levar em conta a necessária aderência temporal da Constituição à realidade social e política que a sustenta.

Aqui, os princípios adquirem extrema importância, pois, pela sua plasticidade, conferem à Constituição maior flexibilidade, permitindo a ela uma adaptação mais fácil às mudanças que ocorrem na sociedade. Além disso, é principalmente por meio dos princípios, que vai se operar o processo de constitucionalização do Direito Privado, muito embora se reconheça também a

²³⁴ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 40.

²³⁵ “O significado da ordenação jurídica na realidade e em face dela somente pode ser apreciado se ambas – ordenação e realidade – forem consideradas em sua relação, em seu inseparável contexto, e no seu condicionamento recíproco. Uma análise isolada, unilateral, que leve em conta apenas um ou outro aspecto, não se afigura em condições de fornecer resposta adequada à questão. Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma ‘está em vigor’ ou ‘está derogada’; Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica”. Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991, p.13.

²³⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 04-05.

²³⁷ HESSE, 1991, *op. cit.*, p. 24.

incidência nessa seara de regras constitucionais, como, por exemplo, a que prevê o divórcio direto depois de comprovada a separação de fato por mais de dois anos (CF, art. 226, § 6.º). A primazia axiológica dos princípios e o efeito irradiante que lhes é inerente permitem sua infiltração no Direito Privado, impondo mudanças ou novas exegeses dos institutos tradicionais. De tal sorte que os princípios constitucionais vão conferir abertura não somente à Constituição, mas também ao ordenamento privado, que, por meio deles, vai receber os influxos dos novos valores sociais em permanente evolução.²³⁸

Na busca de uma definição normativa de Constituição, Hesse sustenta que esta deve ser concebida como “*a ordem fundamental jurídica da coletividade*”. À Constituição cabe, portanto: (i) determinar os princípios diretivos, segundo os quais deve formar-se a unidade política e tarefas estatais a serem exercidas; (ii) regular os procedimentos de solução de conflitos no interior da coletividade; (iii) ordenar a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal; e (iv) criar as bases e normalizar os traços fundamentais da ordem total jurídica. Em suma, a Constituição é “o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade”. E remata:

Como a Constituição produz os pressupostos da criação, validade e realização das normas da ordem jurídica restante e determina, em grande parte, seu conteúdo, ela converte-se em um elemento da unidade da ordem jurídica total da coletividade, no interior da qual ela exclui um isolamento entre o Direito Constitucional e outros setores jurídicos, em especial, do direito privado, do mesmo modo como uma coexistência não-unida daqueles setores jurídicos mesmos.²³⁹

²³⁸ Como afirmou Miguel Reale: “um dever-ser que se concretiza na experiência social, correlacionando-se com conjunturas factuais e exigências axiológicas”. Cf. REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 31.

²³⁹ HESSE, 1998, *op. cit.*, p. 37-8.

Nesse sentido, aponta-se para o fato de que a assim designada constitucionalização do Direito manifesta-se por duas vias: (i) pela influência das normas constitucionais, via concretização legislativa e/ou judicial sobre as normas de Direito Privado e as relações entre particulares; e (ii) por meio de institutos originalmente de Direito Privado previstos na Constituição – que, por sua vez, irá influenciar tal Direito – situação em que, no fundo, se está a falar do constitucional e não propriamente de um civil-constitucional.²⁴⁰

Em face dessa nova concepção de Constituição – que envolve: (i) a expansão das suas tarefas; (ii) o reconhecimento da sua força normativa; (iii) o fortalecimento da jurisdição constitucional; e (iii) a penetração dos seus princípios, valores e regras por todos os ramos do ordenamento – é que passou a ser possível compreender as esferas público/privado – antes, quando do advento do Estado Liberal de Direito tidas como incomunicáveis – como estando intimamente ligadas pelo amálgama constitucional, nada obstante persistirem diferenças funcionais (maior ou menor grau de transparência nas relações jurídicas) que justificam uma distinção. Como bem destacou Freitas:

Na prática, as tradicionais distinções entre o Direito público e o Direito privado somente se afiguram metabolizáveis quando situadas, modesta e restritamente, no plano funcional e, mesmo assim, desde que não se desconsiderem áreas de necessária intersecção (normas de ordem pública regendo relações de consumo).²⁴¹

Por outro lado, anota Sarlet, por mais que as evoluções estejam a atestar, não apenas a gradativa erosão da centralidade das Constituições (fazendo menção ao papel crescente do Direito Internacional e dos organismos transnacionais), mas também a crescente impotência das Constituições e do Direito em geral de corresponder às exigências e desafios de uma proteção eficaz no âmbito da complexa sociedade de risco contemporânea ou pós-

²⁴⁰ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-61, p. 37-42.

²⁴¹ FREITAS, 2002, *op. cit.*, p. 227.

moderna, como preferem alguns, certo é que tanto a superação da dissociação público/privado como a circunstância de a Constituição ser o primeiro parâmetro nas relações jurídicas no âmbito do Estado nacional continuam sendo atuais. Não há, portanto – pelo menos ainda – como apontar para uma superação do fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico, o que, sem embargo, não afasta a possibilidade de novas transformações em relação às funções da Constituição e do Direito de um modo geral (incluindo, portanto, o Direito Privado), no contexto de uma relação complexa, dialética e dinâmica, típica da constante reconstrução da identidade constitucional²⁴² e, de modo geral, do Direito – remata Sarlet.²⁴³

O fato é que justamente o avanço da globalização econômica e o impacto dos seus efeitos colaterais revelam o quanto atual é a discussão em torno da eficácia da Constituição e dos direitos fundamentais para além das relações entre o Estado e os particulares. Na medida em que, por conta da política e da economia do “Estado mínimo” propalado pelo assim designado “consenso neoliberal”,²⁴⁴ aumenta o enfraquecimento do Estado democrático de Direito e essa fragilização do Estado e do Direito tem sido acompanhada por um incremento assustador dos níveis de poder social e econômico – que justamente buscam desvencilhar-se das amarras do poder estatal – coloca-se a indagação a respeito de quem poderá, com efetividade, proteger o cidadão e, no plano internacional, as economias menos desenvolvidas. É nesse contexto que se insere a observação de Ferrajoli, advertindo para a crise vivenciada pelos sistemas democráticos, identificando o surgimento daquilo que denomina de “empresas-partido” e “empresas-gobierno”, já que as privatizações e a crescente desregulamentação tem tido como seqüela um aumento da confusão entre os interesses do governo e os interesses privados dos agentes

²⁴² ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 40-48.

²⁴³ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 577-78.

²⁴⁴ SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. *In*: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado. *Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. 2.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000, p. 83-129, p. 95.

econômicos, por sua vez, cada vez mais entrincheirados no próprio Estado (governo), e que estão capitaneando o processo de flexibilização e, por vezes, de quase aniquilamento de boa parte das conquistas sociais.²⁴⁵

Não bastasse, como bem observou Müller, o incremento assustador dos índices de exclusão social – em boa parte tributável aos efeitos negativos da globalização econômica²⁴⁶ – igualmente constitui fator de risco para a democracia. E em tal sentido argumenta: “a exclusão deslegitima, faz que o povo ativo, o povo enquanto instância de atribuição e o povo-destinatário degenerem em ‘povo’ como ícone”.²⁴⁷

O fato é que a globalização econômica, ao elevar ao plano transnacional a concorrência comercial, força os agentes econômicos a buscarem a redução, a qualquer preço, dos seus custos, sob pena de perda da capacidade competitiva. E essa busca tem se traduzido em diminuição da oferta de trabalho, com a crescente automação, e em pressões, muitas vezes vitoriosas, no sentido da flexibilização e da desregulamentação das relações laborais. O quadro agrava-se diante da constatação de que, em um contexto de amplo desemprego, o poder de barganha dos trabalhadores e dos sindicatos praticamente desaparece, o que torna ainda mais desigual a relação entre empregado e empregador.²⁴⁸ Nesse mesmo contexto, insere-se a observação de Faria, para quem:

²⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad. In: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. (org.). *Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*. Madri: Trotta, 2005, p. 15-29, p. 16.

²⁴⁶ O Relatório de Desenvolvimento Humano de 1999 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) conclui que a globalização somente fortaleceu uns poucos países e o poder social de alguns atores privados, em especial as empresas multinacionais. Cf. JOLLY, Richard. Globalização com uma face humana. *Relatório de Desenvolvimento Humano 1999*, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.pnud.org.br/rdh/rdh99/index.php>>. Acesso em: 02 nov. 2009.

²⁴⁷ MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Edição Especial, out. 2000, p. 45. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=4&p_secao=72>. Acesso em: 05 nov. 2009.

²⁴⁸ SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 28-29.

La integración sistémica en el plano económico es responsable, de este modo, de un creciente proceso de ruptura de las redes de solidaridad y de la desagregación de los planos social y nacional. En el plano social porque, dada la substitución de la “sociedad de hombres” por la “sociedad de organizaciones”, quien no pertenece formal o informalmente a una de ellas, no dispone de una corporate citizenship [ciudadanía corporativa] y, como consecuencia, en una situación límite acabaría no formando parte de la sociedad. Dicho de otro modo, como el fenómeno de la globalización ha conducido al espacio de la producción a proyectarse sobre los demás, llevando a que las condiciones de vida y de trabajo estén condicionadas por las relaciones, procesos y estructuras de apropiación económica, quienes no consiguen incluirse en ese espacio estarán, por consiguiente, excluidos de la vida social. Evidentemente, se trata una exclusión en términos de mercado de trabajo, ocupación profesional, acceso al consumo, disfrute de derechos, etc., lo que no implica, sin embargo, ninguna liberación de los deberes y de las obligaciones impuestas por el sistema jurídico, especialmente por su rama penal. En el plano nacional porque, dado el alcance transnacionalizado de la actuación de las “organizaciones complejas” (cuyas reglas, criterios y procedimientos de inclusión son sólo accesibles a los más cualificados), éstas terminan ejerciendo un impacto corrosivo sobre la propia identidad nacional, ya que los que son contratados y empleados son conducidos a asumir la “cultura organizacional” como “cultura cívica”.²⁴⁹

Assim, parece evidente que, ainda com maior intensidade do que se afirmava no auge do constitucionalismo social, segue valendo a premissa da supremacia da Constituição e que, portanto, a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais de um modo geral “aplicam-se na e a toda ordem jurídica e social” – conforme salienta Sarlet.²⁵⁰ Com efeito, a proteção do cidadão e da sociedade contra o abuso do poder econômico e social pressupõe que se tome a sério o fortalecimento desses poderes e que se reforce a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Que tal desafio diz respeito também aos direitos fundamentais sociais, pelo seu significado para uma vida digna, resulta evidente, ainda mais que são esses os

²⁴⁹ FARIA, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*. Madrid, ES: Trotta, 2001, p. 203-04. [grifo tal qual o original].

²⁵⁰ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 345.

direitos mais ameaçados de supressão ou, pelo menos, de uma desconstitucionalização e/ou flexibilização.

4.3 A vinculação simultânea do Estado e dos particulares à dignidade da pessoa humana e, em princípio, a todos os direitos fundamentais

A partir das observações precedentes e considerando, como salienta Bonavides, que, sob a forma de Estado democrático (e social) de Direito, o “Estado-inimigo cedeu lugar ao Estado-amigo” dos direitos fundamentais, já que justamente comprometido com a efetivação e a proteção dos direitos contra lesões e ameaças provenientes de terceiros, inclusive particulares, assume-se hoje como sedimentada a posição de acordo com a qual tanto o Estado quanto os particulares encontram-se, de alguma forma, vinculados aos direitos fundamentais. Refutam-se, portanto, desde logo, as doutrinas – minoritárias, convém frisar, no âmbito do mundo jurídico europeu e latino-americano – que, a exemplo da teoria norte-americana da “*state action*”, negam categoricamente qualquer vinculação de atos puramente “privados” e de entes “particulares” (pessoas físicas e jurídicas) às cláusulas constitucionais.²⁵¹ Nesse sentido, destaca Sarmento:

É praticamente um axioma do Direito Constitucional norte-americano, quase universalmente aceito tanto pela doutrina como pela jurisprudência, a idéia de que os direitos fundamentais, previstos no *Bill of Rights* da Carta estadunidense, impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não atribuem aos particulares direitos frente a outros particulares, com exceção apenas da 13.^a Emenda, que proibiu a escravidão.²⁵²

²⁵¹ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 578.

²⁵² SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 189.

Uma síntese explicativa da doutrina da *state action* pode ser extraída do trecho seguinte, constante do julgamento do caso *Lugar v. Edmondson Oil Co*:

*Nossos precedentes têm insistido em que a conduta supostamente causadora da privação de um direito constitucional (federal) seja razoavelmente atribuível ao Estado. Esses precedentes traduzem uma abordagem bipolar do problema da “atribuição razoável”. Em primeiro lugar, a privação tem que decorrer do exercício de algum direito ou prerrogativa criada pelo Estado ou por alguma pessoa pela qual o Estado seja responsável. [...] Em segundo lugar, a pessoa acusada de causar a privação há de ser alguém de quem razoavelmente se possa dizer que se trata de um “ator estatal”. Isto por ser ele uma autoridade do Estado, por ter atuado juntamente com uma autoridade estatal ou por ter obtido significativa ajuda de agentes estatais, ou porque sua conduta é de alguma forma atribuível ao Estado.*²⁵³

Não bastasse, além de não admitir, em princípio, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência norte-americana, ainda antepõe obstáculos diante da possibilidade da tutela pelo legislador ordinário desses direitos – anota Sarmiento. Para ilustrar essa assertiva, o autor cita uma decisão proferida pela Suprema Corte norte-americana, no ano de 2000, no caso *Boy Scouts of America v. Dale*:

No Estado de New Jersey havia uma lei estadual proibindo qualquer discriminação contra homossexuais. Apesar disso, a Boy Scouts (organização privada de escoteiros) descobriu que Dale, um dos seus integrantes, era um militante da causa homossexual, e resolveu por isso expulsá-lo dos seus quadros. Dale ingressou com uma ação judicial questionando o ato, fundamentando-se na referida lei estadual antidiscriminatória, mas a inconstitucionalidade da mesma foi argüida, e a questão acabou chegando, através de writ of certiorari, à apreciação da Suprema Corte. Esta, em seu julgado, afirmou que a aplicação da lei estadual no caso violava a liberdade de associação e expressão, prevista na 1ª Emenda, por obrigar que um grupo ligado por valores comuns – dentre os quais a rejeição ao homossexualismo – fosse integrado por pessoa indesejada, e por isso rechaçou a ação de Dale.²⁵⁴

²⁵³ GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: renovar, 2001, p. 88-89.

²⁵⁴ SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 194. [grifo tal qual o original].

De outra parte, destaca Sarmento: “embora a doutrina dominante não questione os equivocados pressupostos da doutrina da *state action*, algumas vozes mais lúcidas já se levantaram para contestar tal construção jurisprudencial”.²⁵⁵ Uma dessas contestações foi elaborada por Erwin Chemerinsky, para quem a teoria da *state action* é justificada com base em dois fundamentos: (i) ela protegeria a liberdade individual, “definindo um espaço de conduta privada que não tem de se adequar à Constituição”; e (ii) também, garantiria a autonomia dos Estados, preservando sua plena competência para regular o comportamento privado.²⁵⁶

Para Chemerinsky, no entanto, ambos os argumentos não procedem. Em relação ao primeiro – que, sem dúvida, é o mais importante – o autor observa que cada vez que se reconhece a liberdade de alguém para violar um direito fundamental de terceiro, ocorre uma restrição ao direito dessa vítima. Portanto, para ele: “afirmar que a doutrina da *state action* é desejável porque preserva a autonomia e liberdade é olhar apenas para um dos lados da equação”. Já em relação à autonomia dos Estados, Chemerinsky afirma o que parece óbvio: “esta autonomia tem limite na Constituição americana, e por isso não pode ser invocada por ela”.²⁵⁷

Assentadas essas premissas, Chemerinsky propõe a substituição da teoria da *state action* por um modelo de ponderação. Os tribunais, sempre que se defrontasse com situação em que a ofensa a direitos fundamentais é imputada a um particular, avaliariam o que seria mais importante proteger: a liberdade daquele particular para agir da forma contestada ou os direitos fundamentais da suposta vítima do seu comportamento. Em certos casos, explica o autor, como o de um dono de uma festa que não quisesse convidar comunistas para sua casa, a proteção da autonomia individual prevaleceria, mas o Judiciário não poderia se esquivar do ônus de proceder à ponderação entre os direitos fundamentais em jogo. Com isso, a Constituição americana

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 194.

²⁵⁶ CHEMERINSKY *apud* SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 195.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 195-96.

deixaria de ser vista como uma norma voltada apenas para o Estado, passando a ser considerada a Lei Fundamental de toda a sociedade.²⁵⁸

Em sentido semelhante, John E. Nowak e Ronald D. Rotunda também sustentam que a questão da incidência dos direitos fundamentais previstos na Constituição americana sobre as relações entre particulares deveria ser equacionada por meio de uma ponderação de interesses – *balancing test* – e não buscando um coeficiente mínimo de ação estatal envolvido no caso em discussão. Os referidos autores afirmam que, do ponto de vista lógico, sempre que um ator privado pratica determinado comportamento violando liberdades fundamentais alheias, e as leis não coíbem essa conduta, existe uma falha omissiva dos poderes públicos na garantia daquelas liberdades.²⁵⁹

Tal construção em muito se aproxima da teoria dos deveres fundamentais, defendida por um segmento da doutrina alemã como a forma mais exata para solucionar a questão da projeção dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas.²⁶⁰ Canaris, por exemplo, sustenta que o Estado, tanto ao editar normas como ao prestar a jurisdição, está obrigado, não apenas a abster-se de violar os direitos fundamentais, como também de protegê-los diante das lesões e ameaças provenientes dos particulares. Para designar essas duas funções distintas dos direitos fundamentais – defensiva e protetiva –, o autor emprega as seguintes denominações: *proibição de intervenção* ou *direitos de defesa em relação ao Estado (Eingriffsverbote und Abwehrrechte)* e *mandamentos de tutela* ou *deveres de proteção (Schutzgebote)*.²⁶¹

Assim, para Canaris, é possível analisar a incidência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado em diferentes planos. O primeiro deles é

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 196.

²⁵⁹ NOWAK; ROTUNDA *apud* SARMENTO, *op. cit.*, p. 196.

²⁶⁰ ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 141.

²⁶¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 225-45, p. 239.

o da vinculação do legislador do Direito Privado aos direitos fundamentais.²⁶² Esse atrelamento, para ele, é direto e imediato, e decorre não somente da expressa previsão no texto constitucional (LF, art. 1.º, n. 3), como também do próprio princípio da supremacia da Constituição. Tanto que as normas editadas no âmbito do Direito privado não só não podem violar os direitos fundamentais dos particulares, como devem também devem proporcionar uma proteção adequada a esses direitos em face da conduta de outros atores privados. O segundo plano de análise é o da aplicação e desenvolvimento judicial do Direito Privado.²⁶³ Para Canaris, os juízes, como órgãos do Estado, ao decidirem litígios privados, devem não apenas abster-se de violar os direitos fundamentais das partes, mas também buscar a sua efetiva proteção.

Portanto, de acordo com Canaris, tanto a função legislativa quanto a jurisdicional estão vinculadas negativa e positivamente aos direitos fundamentais, inclusive no que tange à sua atuação sobre o campo das relações privadas. Porém, a vinculação negativa, ligada à dimensão de proibição de intervenção, seria mais forte do que a vinculação positiva, correlacionada ao dever de proteção. Isso porque, conforme lembra esse autor, “a legislação e a jurisprudência dispõem, em princípio, segundo a posição do Tribunal Constitucional Federal, de uma ampla liberdade de conformação quando aplicam os direitos fundamentais na sua função de mandamentos de tutela”.²⁶⁴

Ainda, admite Canaris que, muitas vezes, a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado depende de uma ponderação entre o direito em jogo e a autonomia privada do particular. De modo que o recurso à ponderação, pautada pelo princípio da proporcionalidade, torna-se geralmente necessário para o equacionamento da questão. No caso da incidência da dimensão negativa dos direitos fundamentais – que é a proibição de intervenção estatal – recorrer-se-ia à dimensão do princípio da

²⁶² *Ibidem*, p. 240-41.

²⁶³ *Ibidem*, p. 242-43

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 244.

proporcionalidade como *vedação de excesso*, no qual há espaço para um controle mais rigoroso da conduta dos poderes públicos. Já no caso da incidência da dimensão positiva dos direitos fundamentais – por meio do dever de tutela – a dimensão pertinente do princípio da proporcionalidade é a da *proibição da insuficiência*, em que o controle é mais brando.²⁶⁵

Com efeito, a teoria dos deveres de proteção baseia-se na idéia correta de que cabe ao Estado proteger os direitos fundamentais dos particulares ameaçados pela conduta de outros particulares. Contudo, a premissa em que ela se lastreia – de que apenas o Estado estaria vinculado aos direitos fundamentais – encerra uma evidente contradição, pois, sob o ponto de vista lógico, somente faz sentido obrigar o Estado a impedir uma lesão a um direito fundamental causada por um particular, caso se aceitar também que, ao particular em questão, não é lícito causar aquela lesão – vale dizer que para ele também existe um dever de respeito (portanto, de não-violação) em relação aos direitos fundamentais das outras pessoas. Em linha semelhante, Quadra-Salcedo enfatiza que:

*[...] la obligación de respetar los derechos fundamentales por los ciudadanos surge y emana directamente de la Constitución y no sólo de las normas de desarrollo de ésta, no es por lo tanto un mero reflejo del ordenamiento que puede sufrir las alteraciones, modificaciones y supresiones que el legislador decida, sino que hay un núcleo esencial que se deduce directamente de la Constitución y que se impone a todos los ciudadanos.*²⁶⁶

²⁶⁵ Canaris menciona como exemplo de especial atualidade a pergunta que indaga se um filho tem direito a conhecer a pessoa do seu pai biológico. O Tribunal Constitucional Federal respondeu a ela de modo em princípio afirmativo, aduzindo como fundamento o assim chamado direito geral de personalidade, que deriva do direito ao livre desenvolvimento da personalidade em combinação com a dignidade da pessoa humana (LF, art. 1.º e 2.º, I). Não obstante, o Tribunal Constitucional Federal decidiu mais recentemente no sentido contrário, sob o argumento de que tal direito à informação acarretaria uma intervenção nos direitos fundamentais da mãe. Cf. *Ibidem*, p. 233-34.

²⁶⁶ QUADRA-SALCEDO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981, p. 70.

Em outros termos, a vinculação do Estado será sempre complementada por uma espécie de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Para ilustrar tal assertiva, – anota Sarlet – basta lembrar que, mesmo quando estiver em causa a vinculação de um particular a um direito fundamental, como, por exemplo, quando envolve pedido de indenização promovido por determinada pessoa contra outro particular, com base em violação do direito à honra e/ou imagem, é perante o Estado que tal demanda é intentada e é o Estado que tem o poder-dever de compor essa situação. Além disso, se o órgão estatal (no caso, o Judiciário) desconsiderar o pleito por uma defeituosa apreciação do acontecimento à luz da Constituição, por não ter vislumbrado, quando deveria, uma violação de direito fundamental, também o ato estatal (a decisão judicial) poderá ser atacado por conta de uma violação de um dever fundamental de proteção, o que poderá ocorrer tanto por meio de uma violação da proibição de insuficiência, quanto por meio de uma transgressão do princípio da proibição de excesso, muito embora neste último caso não se esteja necessariamente diante da violação de um dever de proteção – remata o autor.²⁶⁷

De outra parte, além da vinculação dos órgãos jurisdicionais, muitas vezes, já está em causa, desde logo, a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, mesmo quando se cuida de uma eficácia em relação aos particulares, pois, em princípio, é o legislador que regula os conflitos entre os direitos fundamentais dos atores privados, concretizando o dever de proteção estatal. Não obstante tal posição legislativa deva ser considerada por ocasião da solução do caso pelo Poder Judiciário, este obviamente não poderá deixar de exercer seu poder-dever de controle da legitimidade constitucional da legislação: (i) declarando, se for o caso, a sua inconstitucionalidade; ou (ii) se estiverem presentes os pressupostos, interpretando-a conforme a Constituição; ou mesmo (iii) na ausência e/ou insuficiência da lei, efetivando o dever de

²⁶⁷ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 581-82.

proteção estatal no caso concreto, mediante a aplicação direta das normas de direitos fundamentais aos atos dos particulares envolvidos no conflito.²⁶⁸

Por outro lado, cumpre salientar que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (também sociais, portanto), da mesma forma que a “vinculação sem lacunas” do Estado – que, nas palavras de Canotilho, abrange tanto os órgãos como as funções e os agentes públicos, em todos os níveis e modos de atuação²⁶⁹ – assume a condição de pressuposto para toda discussão em torno da efetividade (ou eficácia social) da Constituição.²⁷⁰ Importa, nesse sentido, recordar – ainda mais que se está a tratar da eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares – que estes encarnam juridicamente as idéias de liberdade e igualdade reais, bem como – e acima de tudo – a garantia de condições efetivas para uma vida digna. Nesse sentido, observa Sarmento:

Confinar a eficácia destes direitos às relações de caráter político, mantidas entre cidadãos e poderes públicos, significaria imunizar outras importantes esferas da vida social, como as empresas, as associações e a família, do alcance destes valores, que além de caríssimos à Constituição de 1988, afiguram-se tão importantes para a humanização de espaços muitas vezes assimétricos e opressivos, que não devem ser deixados assim apenas porque neles não está diretamente presente o Estado.²⁷¹

Além disso, se os direitos sociais são também fundamentais e se a dignidade da pessoa humana é reconhecida como fundamento da garantia a um mínimo existencial, que – mesmo com base numa leitura minimalista-liberal – tem oponibilidade *erga omnes*,²⁷² não há como sustentar uma exclusão dos direitos sociais no que diz com a vinculação dos poderes público e dos próprios

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 582.

²⁶⁹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 431.

²⁷⁰ COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3.ed. rev. e aument. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 107.

²⁷¹ SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 287.

²⁷² TORRES, *op. cit.*, p. 39-40.

particulares, o que, de resto, não afasta possíveis diferenças e até mesmo necessárias diferenciações quanto ao modo de vinculação e especialmente no que se articula com algumas conseqüências daí oriundas, aspecto a ser versado logo mais adiante.

É pelas razões expostas (mas não somente por elas)²⁷³ poder partir-se para a premissa de que os direitos fundamentais geram efeitos nas relações: (i) entre os particulares e o poder estatal; (ii) entre particulares que não são detentores de um efetivo poder social e outros que detêm parcelas expressivas de poder social; e (iii) entre particulares em situação de tendencial igualdade fática, ainda que aqui não se possa aplicar – de modo geral e de modo igual – as mesmas categorias dogmático-argumentativas, por conta de um maior impacto da autonomia privada. Por outro lado, percebe-se que, além de inequívocos pontos de contato entre a vinculação do Estado e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, também não há como distinguir com precisão entre a assim designada eficácia direta (ou imediata) e a eficácia indireta (ou mediata) desses direitos no que se refere à sua aplicação nas relações entre particulares. Tal constatação – anota Sarlet – aponta inexoravelmente para a necessidade de se compreender o problema da eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do Direito Privado também como um processo complexo, dialético e dinâmico, incompatível com uma metódica fechada e unilateral.²⁷⁴

4.4 A eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares

²⁷³ Nesse sentido, bem esclarece Sarmento: “E, para não ‘tapar o sol com a peneira’, cumpre não escamotear que a opção pelo reconhecimento de que a Constituição e não o Código Civil deve figurar no centro do sistema de Direito Privado, decorre não apenas de um posicionamento jurídico, calcado na dogmática. Trata-se também de uma escolha ideológica, que leva em consideração as peculiaridades da Constituição brasileira de 1988, voltada para a promoção da dignidade da pessoa humana, da justiça material e da igualdade substantiva”. Cf. SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 83.

²⁷⁴ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 582.

A teoria da eficácia mediata ou indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi desenvolvida originariamente na doutrina alemã por Günter Dürig, em obra publicada em 1956, e tornou-se a concepção dominante no direito germânico, sendo ainda hoje adotada pela maioria dos juristas daquele país e pela sua Corte Constitucional. Os argumentos esgrimidos pelos adeptos dessa teoria são atenuações daqueles defendidos pelos que negam qualquer tipo de incidência dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares. A diferença essencial consiste no reconhecimento, pelos primeiros, de que os direitos fundamentais exprimem uma ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento, inclusive pelo Direito Privado, cujas normas têm de ser interpretadas ao seu lume.²⁷⁵

Os defensores da teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares vão sustentar que tais direitos são protegidos no campo privado não por meio dos instrumentos do Direito Constitucional, mas sim por mecanismos típicos do próprio Direito Privado. A força jurídica dos preceitos fundamentais estender-se-ia aos particulares apenas de forma mediata, por meio da atuação do legislador privado. Nesse sentido, Andrade destaca:

Quando muito, os preceitos constitucionais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados susceptíveis de concretização, clarificando-os (Wertverdeutlichung), acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo (Wertakzentuierung, Wertverschärfung), ou, em casos extremos, colmatando as lacunas (Wertshutzlückenschliessung), mas sempre dentro do espírito do direito privado.²⁷⁶

Assim, para os adeptos da teoria da eficácia mediata ou indireta, ao Judiciário sobriaria o papel: (i) de preencher as cláusulas indeterminadas criadas pelo legislador, levando em consideração os direitos fundamentais; e

²⁷⁵ SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 199-200.

²⁷⁶ ANDRADE, *op. cit.*, p. 276-77.

(ii) de rejeitar, por inconstitucionalidade, a aplicação das normas privadas incompatíveis com tais direitos – tarefa confiada com exclusividade às Cortes Constitucionais nos países, como Alemanha, Espanha e Itália, em que o controle de constitucionalidade é concentrado. Apenas se permitiria ao juiz a aplicação direta dos direitos fundamentais, independentemente da mediação do legislador, em casos: (i) de lacuna do ordenamento privado; e (ii) de inexistência de cláusula geral ou de conceito indeterminado que possa ser preenchido em harmonia com os valores constitucionais. Por outro lado, caberia à Corte Constitucional apreciar, em sede de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), as decisões judiciais proferidas pela jurisdição ordinária que não tivessem conferido o efeito de irradiação dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado.²⁷⁷

O marco essencial da teoria da eficácia mediata é, sem dúvida, o julgamento do caso Lüth pela Corte Constitucional alemã no ano de 1958. Tratava-se de discussão relativa à legitimidade de um boicote organizado, em 1950, pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, contra o filme *Unsterbliche Gelibte* (Amada Imortal), de cunho notoriamente anti-semita, dirigido e produzido pelo cineasta Veit Harlan, durante a ditadura nazista. O diretor, Harlan, insurgiu-se contra o boicote e obteve decisão da Justiça Estadual de Hamburgo no sentido de que Lüth se abstinhasse de boicotar o filme, com base no art. 826 do Código Civil alemão (doravante, referido como BGB), segundo o qual “quem causar danos intencionais a outrem, e de maneira ofensiva aos bons costumes, fica obrigado a compensar o dano”. Irresignado com o julgamento, Lüth interpôs queixa constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) perante a Corte, argumentando que a decisão do Tribunal de Hamburgo violou sua liberdade de expressão, que – segundo Lüth – protege também a possibilidade de influir sobre outros mediante o uso da palavra. A Corte Constitucional, por sua vez, acolheu o recurso, fundamentando-se no entendimento de que cláusulas gerais de direito privado, como, por exemplo, a dos *bons costumes*, referida no art. 826 do BGB, devem

²⁷⁷ SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 200.

ser interpretadas à luz da ordem de valores sobre a qual se assenta a Constituição, levando em consideração os direitos fundamentais, o que não fora feito pela Corte de Hamburgo. Lavrou o Tribunal Constitucional na sua histórica decisão:

A finalidade primária dos direitos fundamentais é a de salvaguardar as liberdades individuais contra interferências das autoridades públicas. Eles são direitos defensivos do indivíduo contra o Estado. Esta é uma decorrência do desenvolvimento histórico do conceito de direitos fundamentais e também do desenvolvimento histórico que levou a inclusão de direitos fundamentais nas constituições de vários países [...]. É igualmente verdadeiro, no entanto, que a Lei Fundamental não é um documento axiologicamente neutro. Sua seção de direitos fundamentais estabelece uma ordem de valores, e esta ordem reforça o poder efetivo destes direitos fundamentais. Este sistema de valores, que se centra na dignidade da pessoa humana, em livre desenvolvimento dentro da comunidade social, deve ser considerado como uma decisão constitucional fundamental, que afeta a todas as esferas do direito público ou privado. Ele serve de metro de aferição e controle de todas as ações estatais nas áreas da legislação, administração e jurisdição. Assim é evidente que os direitos fundamentais também influenciam o desenvolvimento do direito privado. Cada preceito do direito privado deve ser compatível como este sistema de valores e deve ainda ser interpretado à luz do seu espírito. [...] O conteúdo legal dos direitos fundamentais como normas objetivas é desenvolvido no direito privado através dos seus dispositivos diretamente aplicáveis sobre esta área do direito. Novos estatutos devem se conformar com o sistema de valores dos direitos fundamentais. O conteúdo das normas em vigor também deve ser harmonizado com esta ordem de valores. Este sistema infunde um conteúdo constitucional específico ao direito privado, orientando a sua interpretação.²⁷⁸

Essa orientação jurisprudencial, envolvendo a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tornou-se uma das mais debatidas na dogmática e jurisprudência alemã. Nesse sentido, Sarmiento destaca que a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi objeto de diversas críticas. Por um lado, há quem afirme que a impregnação das normas

²⁷⁸ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (dirs.). *Arquivos de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 04, p. 63-115, p. 70-71.

de Direito Privado pelos valores constitucionais pode causar a erosão do princípio da legalidade, ampliando a indeterminação e a insegurança na aplicação das normas civis. De outra banda, a teoria objetiva é criticada por não proporcionar uma tutela integral dos direitos fundamentais no plano privado, que ficaria dependente dos “incertos humores” do legislador ordinário. E existe ainda quem aponte para o caráter supérfluo dessa construção, alegando que ela acaba se reconduzindo inteiramente à noção mais do que sedimentada de interpretação conforme a Constituição.²⁷⁹

No quadrante oposto à teoria da eficácia mediata, alguns autores defendem a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais. Para Nipperdey, por exemplo, embora alguns direitos fundamentais previstos na Constituição alemã vinculem apenas o Estado, outros, pela sua natureza, podem ser invocados diretamente nas relações entre particulares, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador ordinário, revestindo-se de oponibilidade *erga omnes*. Nipperdey justifica sua afirmação na constatação de que os perigos que espreitam os direitos fundamentais nas sociedades contemporâneas não provêm apenas do Estado, mas também dos poderes sociais e de terceiros em geral. A opção constitucional pelo Estado Social, segundo esse autor, importaria o reconhecimento dessa realidade, tendo como consequência a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.²⁸⁰

A doutrina de Nipperdey foi retomada e desenvolvida por Leisner, que advogou a idéia de que – pela unidade da ordem jurídica – não seria admissível conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais.²⁸¹ Também Zippellius defende a eficácia imediata dos direitos fundamentais, ao afirmar que quando tais direitos não forem suficientemente protegidos pelo legislador na esfera privada, as

²⁷⁹ SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 204.

²⁸⁰ ANDRADE, *op. cit.*, p. 276-77.

²⁸¹ SARLET, 2000, *op. cit.*, p. 117.

normas constitucionais que os consagram produzirão “efeito directo de obrigatoriedade nas relações entre os cidadãos”.²⁸²

A jurisprudência do Tribunal Federal do Trabalho alemão adotou em algumas decisões essa doutrina, sendo célebre o caso, julgado em 1957, no qual reconheceu, com base nos preceitos constitucionais, sem a invocação de norma ordinária trabalhista, a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras de um hospital privado, caso estas viessem a contrair matrimônio. Nesse sentido, anota Bilbao Ubillos:

*El Tribunal llega a la conclusión de que la norma enjuiciada es inconstitucional y, en consecuencia, “son nulos todos sus actos de aplicación, no porque lo imponga el Estatuto de los Trabajadores o cualquier otra Ley ordinaria, sino porque lo prohíbe directamente la Constitución”.*²⁸³

Em outro julgado mais recente, proferido em 1989, o Tribunal Federal do Trabalho alemão apreciou o caso de demissão de um químico que, invocando a liberdade de consciência, recusara-se a participar de pesquisa conduzida pela instituição privada que o empregava, no sentido de desenvolver um medicamento que, em caso de guerra nuclear, ajudaria os militares envolvidos no conflito a combater as náuseas. O tribunal deu ganho de causa ao empregado, também utilizando diretamente um preceito fundamental na resolução do conflito.²⁸⁴

Dada a confusão reinante em torno da questão, importa frisar que os adeptos da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não negam a existência de especificidades nessa incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos. Assim, a teoria da eficácia imediata não exclui, por exemplo, a possibilidade de que a liberdade de testamento esteja

²⁸² ZIPPELLIUS, Reinhold. Teoria geral do Estado. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 440.

²⁸³ BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301-340, p. 319.

²⁸⁴ SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 205

desvinculada do princípio da igualdade.²⁸⁵ Finalmente, cumpre destacar que a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, embora não tenha prevalecido na Alemanha, onde foi inicialmente concebida, tornou-se dominante em vários outros países, como Espanha, Portugal, Itália e Argentina.

Na Espanha, onde o texto constitucional é silente sobre a matéria, manifestaram-se em prol dessa doutrina vários autores. Rafael Naranjo de la Cruz, por exemplo, faz vigorosa defesa da teoria da eficácia imediata ou direta, afirmando que essa tese revela a subsistência de uma visão historicamente superada dos direitos fundamentais como direitos públicos subjetivos, voltados apenas contra o Estado. No contexto do Estado Social, em que os poderes privados representam grande ameaça para a liberdade humana, torna-se fundamental vinculá-los, diretamente, aos direitos fundamentais e à Constituição. Ademais, a concepção da Constituição como norma jurídica que consagra os mais relevantes valores da sociedade exige a sua incidência sobre as relações entre particulares, estando superada a visão que restringia a incidência da Lei Maior às relações entre cidadão e Estado.²⁸⁶ Partindo dessas premissas, o jurista espanhol conclui que:

*[...] los derechos fundamentales, en su doble vertiente subjetiva y objetiva, constituyen el fundamento del entero ordenamiento jurídico y son aplicables en todos los ámbitos de actuación humana de manera inmediata, sin intermediación del legislador. Por ello, las normas de derechos fundamentales contenidas en la Constitución generan, conforme a su naturaleza y tenor literal, derechos subjetivos de los ciudadanos oponibles tanto a los poderes públicos como a los particulares.*²⁸⁷

²⁸⁵ ALEXY, *op. cit.*, p. 532.

²⁸⁶ NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los límites de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000, p. 187-99.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 215.

No direito lusitano, a extensão dos direitos fundamentais às relações entre particulares foi prevista pelo próprio legislador constituinte no art. 18.1 da Constituição portuguesa, que reza: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Parece então incontroversa, diante do teor literal da Constituição, a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares em Portugal.

Não obstante, existe uma corrente de constitucionalistas portugueses que adota uma posição intermediária entre as duas teorias. Andrade, por exemplo, entende que o preceituado no art. 18.1 da Constituição de Portugal não contém em si a solução para o problema do modo como se dá essa vinculação.²⁸⁸ Para ele, no equacionamento da questão torna-se necessário conciliar dois componentes importantes da ordem constitucional portuguesa: a preocupação com a justiça social e a tutela da autonomia privada, que seriam duas dimensões diferentes da idéia de liberdade subjacentes ao sistema constitucional lusitano.²⁸⁹ Dentro dessa moldura, o jurista aceita a eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais para as relações entre particulares quando se tratar de situações em que pessoas coletivas ou indivíduos disponham de poder especial sobre (outros) indivíduos, o que, todavia, não exclui o fato de que a entidade privada ou o indivíduo detentor de poder social seja também titular de direitos fundamentais, razão pela qual pode ser necessário, em certas circunstâncias, proceder a uma ponderação entre tais direitos e os invocados pela parte mais frágil da relação jurídica em questão.²⁹⁰ Por outro lado, para o jurista lusitano, nas relações entre “iguais”, nas quais a assimetria de poder não está presente, a eficácia dos direitos fundamentais seria apenas indireta.²⁹¹ Assim, os direitos fundamentais não valeriam como direitos subjetivos, mas como valores, que devem ser concretizados pelo legislador ordinário e que influenciariam, por outro lado, a interpretação judicial

²⁸⁸ ANDRADE, *op. cit.*, p. 281.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 281-82.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 286.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 287.

das normas de Direito Privado, em especial das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.²⁹² Andrade também propõe que na ponderação entre o direito fundamental e a autonomia privada a balança, em princípio, penda para o lado da segunda, “desde que não se prejudique intoleravelmente a ideia da dignidade da pessoa humana”.²⁹³

De outra parte, José Nunes Abrantes aderiu à tese da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, sob o argumento de que a teoria da eficácia mediata não assegura o respeito ao núcleo essencial daqueles direitos, haja vista nem sempre a proteção do núcleo possa ser extraída das cláusulas gerais do Direito Privado. Isso, no entanto, não importa, segundo ele, na submissão dos particulares ao mesmo regime de sujeição dos poderes públicos. Ao contrário, Abrantes destaca, na linha da doutrina dominante em Portugal, que a proteção dispensada à autonomia privada impõe o equacionamento do caso por meio de uma ponderação de interesses, na qual um dos fatores a ser considerado é a existência, ou não, de desigualdade entre as partes. De outra parte, mesmo nas relações entre “iguais”, a autonomia privada estará limitada pelo núcleo essencial dos direitos fundamentais, independentemente de qualquer mediação do legislador ordinário – remata esse autor.²⁹⁴

Na Itália, por sua vez, o texto constitucional não é tão claro como o português a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, muito embora seu art. 2.º aponte nessa direção, ao preceituar que a República da Itália reconhece e garante os direitos invioláveis do homem: “quer como ser individual quer nas formações sociais onde se desenvolve a sua personalidade, e requer o cumprimento dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”. Na doutrina, Pietro Perlingieri manifesta-se de forma inequívoca em favor da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas

²⁹² *Ibidem*, p. 291.

²⁹³ *Ibidem*, p. 294.

²⁹⁴ ABRANTES, José João Nunes. A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990, p. 94-113.

relações entre particulares. De acordo com o jurista italiano “[...] a norma constitucional pode, também sozinha (quando não existirem normas ordinárias que disciplinem a *fattispecie* em consideração), ser a fonte da disciplina de uma relação jurídica de direito civil”.²⁹⁵ Assim, criticando a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, prevalecente na Alemanha, Perlingieri destaca que:

[...] a normativa constitucional não deve ser considerada sempre e somente como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.²⁹⁶

No âmbito sul-americano, a Corte Suprema argentina reconheceu a eficácia direta dos direitos fundamentais entre particulares, em decisão proferida em 1958, no julgamento de um recurso de amparo impetrado no célebre caso *Samuel Kot*. Tratava-se de direito do proprietário de uma fábrica, que fora ocupada por seus empregados há mais de três meses, sem que houvesse a tomada de qualquer providência por parte das autoridades policiais. O recurso foi acolhido e, no acórdão, o tribunal portenho lavrou:

[...] nada hay tampoco, que autorice la afirmación de que el ataque ilegítimo, grave y manifiesto contra cualquiera de los derechos que integran la libertad, lato sensu, carezca de la protección constitucional adecuada [...] por la sola circunstancia de que sus ataque emane de otros particulares o de grupos organizados de individuos [...]. Hay ahora una tercera categoría de sujetos, con o sin personería jurídica, que sólo raramente conocieron los siglos anteriores: los consorcios, los sindicatos, las asociaciones profesionales, las grandes empresas, que acumulan casi siempre un enorme poderío material o económico. A menudo sus fuerzas se oponen a las del Estado y no es discutible que estos entes colectivos representan [...] una fuente de amenazas para el individuo y sus derechos esenciales. Si, en presencia de estas condiciones de la sociedad contemporánea, los jueces tuvieran que declarar que no hay protección constitucional frente a tales

²⁹⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 11.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 12

*organizaciones colectivas, nadie puede engañarse de que tal declaración comportaría la quiebra de los grandes objetivos de la Constitución.*²⁹⁷

No marco da Constituição pátria, firma-se posição no sentido de que, em boa parte dos casos, a existência de uma prévia opção legislativa no que se concerne à composição dos conflitos entre particulares é a solução constitucionalmente adequada, de tal sorte que não haverá o Judiciário de interferir, sob pena de extrapolar as suas competências jurisdicionais. Em outras hipóteses, contudo, a própria lei estará violando direitos fundamentais e/ou princípio constitucional, cabendo aos órgãos jurisdicionais fazer valer o seu poder-dever de correção ou mesmo, na ausência ou insuficiência da lei, aplicar diretamente as normas constitucionais, delas extraindo os seus efeitos jurídicos e outorgando-lhes máxima efetividade.²⁹⁸ Além disso, firma-se posição no sentido de que, no direito constitucional brasileiro, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e uma eficácia em princípio direta desses direitos nas relações interprivadas – ou seja, não necessariamente dependente de uma prévia mediação do legislador – já decorrem de uma adequada exegese da norma contida no art. 5.º, § 1.º, da CF.²⁹⁹

Com efeito, para além da interpretação literal do texto constitucional, que por si já conforta a tese ora sustentada, a partir da norma contida no dispositivo mencionado, pode-se afirmar que a todos os órgãos estatais incumbe um dever de maximização da eficácia e efetividade de todas as normas de direitos fundamentais, no sentido de compreendê-las, em princípio, como normas de eficácia plena.³⁰⁰ Que esse dever-poder dos órgãos estatais imprimirem às normas de direitos fundamentais a máxima eficácia e efetividade (portanto, também a máxima proteção) pressupõe a aplicação em princípio direta dos direitos fundamentais a todos os atos estatais e não-estatais, sob pena de

²⁹⁷ BILBAO UBILLOS *apud* SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 215-16.

²⁹⁸ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 583

²⁹⁹ *Ibidem*, p.85.

³⁰⁰ SARLET, 2003, *op. cit.*, p. 259.

comprometer o objetivo de a Constituição atingir níveis ótimos, ou, pelo menos, razoáveis, de eficácia social, resulta evidente.³⁰¹

A propósito, nesse contexto, vale destacar o argumento de Jean Rivero, para quem a não-extensão da eficácia dos direitos fundamentais às relações entre particulares é inaceitável porque acarreta duas éticas diferentes: (i) uma válida para as relações entre pessoas (indivíduos e grupos) e Estado, sobre as quais as normas de direitos fundamentais incidem; e (ii) outra válida para as relações entre particulares, nas quais não incidem as normas de direitos fundamentais.³⁰² No mesmo sentido, a posição adotada pelo Tribunal Constitucional da Espanha no julgamento STC 18/1984:

*[...] no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en la relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de Derecho como el que consagra el artículo 1 de la Constitución no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no sea en la vida social.*³⁰³

De outro giro, a eficácia (em princípio direta) das normas de direitos fundamentais também no âmbito das relações entre particulares não poderá ser absoluta, do que advém a necessidade de se adotar, como já anunciado, soluções diferenciadas. Isso decorre tanto do fato – apontado por Bilbao Ubillos – de as normas de direito fundamentais não serem homogêneas – visto terem diferentes graus de eficácia e gerarem efeitos diversificados e peculiares – quanto da própria estrutura normativa e da natureza eminente – mas não

³⁰¹ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 585.

³⁰² RIVERO, Jean. La protection des droits de l'homme dans lês rapports entre personnes privées. In : René Cassin *Amicorum Discipulorumque Liber III – Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*. Paris: Éditions Pedone, 1971, p. 311-322, p. 315. Acrescenta Canotilho que essa dupla ética existe “quando, por exemplo, se considera como violação da integridade física e moral a exigência de ‘testes de gravidez’ às mulheres que procuram emprego na função pública e, ao mesmo tempo, se toleram e aceitam esses mesmos testes quando o pedido de emprego é feito a entidades privadas, em nome da ‘produtividade das empresas’ e da ‘autonomia contratual empresarial’. O mesmo se verifica quando se considera intolerável a pressão dos poderes públicos sobre a liberdade de opinião, e se julga incensurável a pressão do ‘patrão’ sobre o ‘assalariado’, impedindo-o de se exprimir”. Cf. CANOTILHO, 2000, *op. cit.*, p. 1251.

³⁰³ BILBAO UBILLOS, *op. cit.*, p. 331.

necessariamente – principiológica das normas de direitos fundamentais (incluindo os direitos sociais).³⁰⁴ Com efeito, nas relações em que ambas as partes são titulares de direitos fundamentais – circunstância que justamente caracteriza e distingue as relações entre particulares das relações cidadão/Estado – sempre haverá a necessidade de se ponderar, caso a caso, os direitos fundamentais em jogo, que não devem ser aplicados de forma “tudo ou nada”,³⁰⁵ mas sempre à luz dos critérios da proporcionalidade na sua dupla dimensão, como proibição de excesso e de insuficiência.³⁰⁶

Nesse sentido, também, a observação de Jorge Renato dos Reis:

[...] toda vez que, ao final do processo de ponderação no caso concreto, houver necessidade de restrição de algum desses princípios e/ou direitos fundamentais da pessoa humana em razão do maior peso valorativo do outro, essa restrição terá que ser a menos gravosa possível, devendo ir até onde seja imprescindível a fim de haver a maior proteção de outra posição igualmente protegida constitucionalmente.

É justamente por isso que, na esteira de Canotilho e Sarlet e outros juristas brasileiros, comunga-se do entendimento segundo o qual o problema da eficácia dos direitos fundamentais entre particulares tende hoje para uma superação da dicotomia eficácia mediato/imediata a favor de soluções diferenciadas, já que o adequado manejo da eficácia direta e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais devem ser pautados em consonância com o “referente” de direito que estiver em *causa* no caso concreto.³⁰⁷

Assim, seguindo algumas diretrizes (com destaque para a necessária observância da vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção e suas conseqüências, bem como a aplicação dos critérios da proporcionalidade na dupla dimensão referida, abrangendo também a técnica da interpretação

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 328-29.

³⁰⁵ ALEXY, *op. cit.*, p. 104.

³⁰⁶ Cf. REIS, *op. cit.*, p. 2049.

³⁰⁷ CANOTILHO, 2000, *op. cit.*, p. 1246.

conforme a Constituição – de extrema relevância quando se tratar do controle das opções legislativas), a doutrina e a jurisprudência têm desenvolvido uma série de critérios materiais, no sentido de categorias argumentativas, com o intuito de direcionar a atividade hermenêutica para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais também nas relações entre particulares. É, pois, justamente nesse ponto que a garantia de um mínimo existencial volta a merecer atenção, como um dos (talvez o mais importante) critérios para uma adequada ponderação e, portanto, para uma solução constitucionalmente legítima do problema, ainda mais quando está em causa a eficácia dos direitos fundamentais sociais no âmbito privado.³⁰⁸

De outra parte, cumpre ressaltar que o critério do mínimo existencial não pode ser manejado isoladamente, mas apenas no contexto de uma interpretação sistemática e em conjugação com outros critérios. Entre os demais parâmetros, utiliza-se, com razão, o critério da maior ou menor desigualdade material verificada no caso concreto, isto é, a existência, ou não, de uma relação entre detentor (ou detentores) de efetivo poder social e um indivíduo ou grupo socialmente fragilizado (vulnerável),³⁰⁹ pois, nas palavras de Bilbao Ubillos: “*Cuanto menor sea la libertad de la parte ‘débil’ de la relación, mayor será la necesidad de protección*”.³¹⁰

4.5 A garantia de um mínimo existencial como critério material para a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares

Desde logo, salienta-se que não estamos cuidando aqui da vinculação dos particulares aos direitos sociais trabalhistas, já que tal questão não provoca

³⁰⁸ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 588.

³⁰⁹ Nesse sentido, a formulação de Jorge Renato dos Reis, para quem “sempre que uma das partes da lide possuir uma debilidade maior, ou seja, a sua hipossuficiência frente à outra parte for manifesta, o grau de autonomia privada será menor. Quanto maior for a igualdade entre as partes, maior será o grau da autonomia privada”. Cf. REIS, *op. cit.*, p. 2046.

³¹⁰ BILBAO UBILLOS, *op. cit.*, p. 336.

maiores controvérsias, na medida em que tais direitos foram concebidos exatamente para incidir sobre as relações entre particulares. A questão a nos ocupar, nesse momento, é a eficácia dos direitos sociais que, por sua natureza, vinculam em primeira linha – mas não exclusivamente – aos órgãos estatais, tais como o à saúde, à educação e à moradia, previstos no art. 6.º da CF.

No Brasil, Sarlet foi o primeiro a se manifestar conclusivamente pela eficácia direta dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares, asseverando que, em sua opinião:

[...] todos os direitos fundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) são, ademais, eficazes (vinculantes) no âmbito das relações entre particulares, inexistindo, em princípio, distinção entre os direitos de cunho defensivo e os direitos prestacionais, em que pese o seu objeto diverso e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possam até vincular, na condição de obrigado em primeira linha, os órgãos estatais.³¹¹

Essa posição foi compartilhada por Sarmento, para quem “os direitos sociais, na sua dimensão prestacional, também podem influenciar diretamente a resolução de controvérsia entre particulares”.³¹² Todavia, esse autor entende que:

Para reconhecer, no caso concreto, a existência de eficácia horizontal direta de um direito prestacional, será necessário sopesar outros fatores, além daqueles utilizados na ponderação relativa à aplicação dos direitos individuais na esfera privada. Ter-se-á que analisar, em primeiro lugar, se existe pertinência lógica entre a relação travada entre as partes e o direito que se está postulando. Ademais, os direitos sociais que dependem de mediação legislativa para vincularem positivamente o Estado, também não geram obrigações comissivas para os particulares sem esta mediação.³¹³

³¹¹ SARLET, 2000, *op. cit.*, p. 154.

³¹² SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 330.

³¹³ *Idem.*

De outra parte, também houve quem criticasse a posição que atribui eficácia aos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares. Wilson Steinmetz, por exemplo, sustenta que, por definição, os particulares não estão vinculados aos direitos fundamentais do art. 6.º da CF. E argumenta:

Os particulares não estão obrigados, ante o direito fundamental social à educação, a criar escolas, universidades ou outras instituições de ensino para outros particulares. Os particulares não estão obrigados, ante o direito fundamental social à saúde, a criar hospitais e postos ou ambulatorios de saúde nem a pagar tratamentos médicos para outros particulares. Não é dever jurídico-constitucional dos particulares, por força dos direitos fundamentais a prestações, propor, planejar e executar políticas sociais e econômicas – embora delas até possam participar como colaboradores ou em parcerias. Ademais, como os direitos fundamentais sociais são financeiramente onerosos e exigem opções e ações positivas, a imposição aos particulares de deveres de prestações colide com o princípio da livre iniciativa (CF, art. 1.º, IV e art. 170, caput) – e, portanto, com a economia de mercado –, com os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade (CF, art. 5.º, caput e XXII) e com o princípio da autonomia privada.³¹⁴

Caberia, contudo, questionar se a circunstância de Steinmetz definir – na esteira de Alexy – os direitos a prestações em sentido estrito como direitos sociais e como direitos do indivíduo a algo (bem ou serviço) ante o Estado³¹⁵ por si só poderia excluir a vinculação – sempre e da mesma forma – dos particulares aos direitos sociais previstos na Constituição de 1988. Nesse sentido, desde logo, há que retomar a distinção entre os direitos fundamentais sociais como direitos negativos e positivos, lembrando que o problema da vinculação e, portanto, da eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares haverá sempre de considerar os aspectos peculiares de cada uma dessas dimensões. É de recordar, também, que os direitos sociais podem assumir a condição de defesa, como é o caso do de greve e de livre associação sindical, ou a condição de direitos a prestações, como é o caso do à saúde, à educação, à moradia, ou de alguns dos trabalhadores, como a

³¹⁴ STEINMETZ, *op. cit.*, p. 279. [*grifo tal qual o original*].

³¹⁵ *Idem*.

garantia do salário mínimo, a remuneração de férias, entre outros. Além disso, importa reafirmar que os próprios direitos a prestações possuem uma dimensão defensiva, pois geram outros subjetivos (negativos) de respeito e abstenção de violações. Ambas as dimensões – positiva e negativa – ainda pressupõem deveres de proteção do Estado, que, por sua vez, na condição de direitos à proteção, assumem a feição de prestacionais.³¹⁶

O fato de se reconhecer – como Sarmento – a necessidade de uma elevada dose de prudência e, portanto, de bom senso, no reconhecimento de direitos subjetivos a prestações tendo por destinatários particulares,³¹⁷ não justifica que se conclua, de forma mais açodada e simplista, que esses não influenciam a resolução de litígios privados. Além disso, a eficácia – inclusive direta – das normas de direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares não se resume (e nem poderia) ao reconhecimento de posições jurídico-subjetivas de cunho prestacional. Como bem demonstrou Sarmento, ao referir que:

[...] no mínimo, a eficácia dos direitos sociais nas relações privadas presta-se para fundamentar a constitucionalidade das normas que, em favor destes direitos, impuserem limitações à autonomia privada dos agentes econômicos ou criarem obrigações positivas para os mesmos. Parece também possível invocar o princípio constitucional da proibição do retrocesso, para invalidar eventuais medidas legislativas que pretendessem simplesmente voltar atrás na concretização de algum direito social no espaço privado, sem substituí-la por qualquer outro modelo alternativo.³¹⁸

Mas somente isso, convenha-se, seria pouco. De fato, existe um dado sistêmico importante, que deve ser devidamente sopesado. No passado, não cabia ao Estado prover o bem-estar dos mais pobres. Essa função era

³¹⁶ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 590. Cf. também o primeiro capítulo deste estudo.

³¹⁷ Nesse sentido, Sarmento adverte: “Certas homogeneidades teóricas podem até conquistar o espírito, pela sua formulação grandiloquente, mas nem sempre elas conseguirão se conciliar com a diversidade dos campos empíricos sobre os quais terão de se projetar. Cf. SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 287.

³¹⁸ *Ibidem*, p. 298.

desempenhada por instituições próprias de caridade, como as igrejas, os orfanatos, asilos etc. Porém, a partir do advento do Estado do Bem-Estar Social, passou-se a entender que a garantia de condições básicas de vida não era uma questão de caridade, mas de Direito. Essa nova concepção importou na assunção, pelo Estado, do dever primário de assegurar condições mínimas de vida para todos, por meio dos direitos sociais e econômicos. A idéia, em linhas gerais, é a de que a contribuição devida por cada um para o bem-estar dos excluídos é assegurada mediante o pagamento de tributos ao Estado, os quais devem ser graduados de acordo com a capacidade contributiva dos pagantes: os que têm mais devem dar uma contribuição maior para o *bolo*. O Estado, por sua vez, de posse desses recursos arrecadados, se desincumbirá dos seus deveres, dentre os quais o de arcar com os gastos ligados à efetivação dos direitos sociais. Assim, ao pagar seus tributos, o cidadão ou a empresa ficaria completamente desonerado de sua responsabilidade em relação aos direitos sociais e econômicos das demais pessoas.

Ocorre que esse modelo é excessivamente simplificado. Existe uma série de razões que justificam, hoje, a concepção de que, ao lado do dever primário do Estado, de garantir os direitos sociais, é possível também visualizar um dever secundário da sociedade de assegurá-los. Nesse sentido, observa Sarmiento:

Em primeiro lugar, porque as relações privadas, que se desenvolvem sob o pálio da Constituição, não estão isentas da incidência dos valores constitucionais que impõem sua conformação a parâmetros materiais de justiça, nos quais desponta a idéia de solidariedade. Além disto, diante da decantada crise de financiamento do Welfare State, que impede de atender a todas as demandas sociais relevantes, é importante encontrar outros co-responsáveis que – sem exclusão da obrigação primária do Estado – possam contribuir para amenizar o dramático quadro de miséria hoje existente, assumindo tarefas ligadas à garantia de condições mínimas para os excluídos, não já, agora, por caridade ou filantropia, mas no cumprimento de deveres juridicamente exigíveis.³¹⁹

³¹⁹ SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 295.

É, pois, precisamente no campo da eficácia direta dos direitos sociais nas relações entre particulares que o mínimo existencial – na sua dimensão prestacional – há de ter operatividade. Se uma eficácia prestacional já é possível até mesmo fora do âmbito do que tem sido considerado o mínimo existencial (mire-se a atual disponibilização de vagas para alunos carentes, ainda que cogente, por ser imposta pelo poder público, em instituições particulares de ensino superior), o que não dizer quando estiverem em causa prestações indispensáveis à satisfação das condições mínimas para uma vida digna, com apoio (também) no princípio da solidariedade?³²⁰ Parece, sim, que esse princípio pode fundamentar o reconhecimento de uma eficácia dos direitos prestacionais nas relações entre particulares, ao sedimentar a idéia de que cada um é também, de certa forma, responsável pelo bem-estar dos demais.³²¹

No caso do direito à saúde – citado por Steinmetz – também já se registram casos de uma imposição – inclusive na esfera jurisdicional – de prestações materiais a entidades privadas, em favor de outros particulares. Isso se verifica nas inúmeras decisões que utilizaram o direito fundamental à saúde como vetor interpretativo do conceito legal de cláusula abusiva, previsto no Código do Consumidor, para obrigar planos de saúde à realização de tratamentos médicos em caso de doenças excluídas por ajuste contratual, ou mesmo, para invalidar limitações contratuais ao prazo de internação hospitalar dos pacientes.³²²

Nessa mesma linha, vale destacar o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que reconheceu a eficácia do direito à saúde numa relação entre particulares, impondo ao empregador um dever prestacional, ligado à relação jurídica mantida por esse com o trabalhador.

³²⁰ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 592.

³²¹ SARMENTO, 2008, *op. cit.*, p. 296.

³²² Nesse sentido o acórdão proferido pelo STJ no Recurso Especial n. 158.728, relatado pelo Min. Carlos Alberto Direito. Cf. *Ibidem*, p. 300.

FUNCIONÁRIO CONTRATADO PELA CLT – PENA DE SUSPENSÃO – ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR – MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA – AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO DESPROVIDO.

Agravo. Concessão de liminar obrigando empresa a prestar assistência médica e hospitalar à empregada afastada da mesma por motivo de saúde. A suspensão, pela empresa/empregadora, colocou em risco a vida da empregada. Saúde é um direito social a todos garantido, como prevê o disposto no art. 6.º da Carta da República. Manutenção do “decisum”. Conhecimento e improvemento do recurso. (Agravo de Instrumento n. 1998.002.09845, TJRJ, Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva – julgamento 24/02/1999 – Décima Sétima Câmara Cível).³²³

Além disso, não se pode esquecer que mesmo a partir de ótica confessadamente político-liberal, a garantia de um mínimo existencial constitui direito público subjetivo do cidadão, diretamente vinculante e plenamente justiciável, como, por exemplo, sustenta Ricardo Torres.³²⁴ Que isso acarreta conseqüências jurídicas diretas para os particulares e que esses, em determinadas circunstâncias e à luz de uma adequada ponderação de bens, podem ser demandados como sujeitos passivos mesmo sem prévio permissivo legal, “é tão evidente quanto evidente é também a circunstância de que a negativa pura e simples de tal possibilidade poderá ferir de morte o próprio direito ao mínimo existencial” – anota Sarlet.³²⁵

Ainda, consoante Sarlet, a reforçar esse argumento – embora por outro prisma – importa o fato de a doutrina majoritária entender que o núcleo em dignidade humana constitui o conteúdo indisponível dos direitos fundamentais mesmo para o próprio titular do direito, gerando inclusive um dever estatal de proteção da pessoa contra si mesma, nas hipóteses em que estiver havendo uma evidente violação desse núcleo em dignidade.³²⁶ Para ilustrar, o autor destaca a lição de Andrade que, relativizando aqui sua tese de que, em geral,

³²³ Disponível no site: < <http://www.tjrj.jus.br>>. Acesso em: 09 nov. 2009.

³²⁴ TORRES, *op. cit.*, p. 39-40.

³²⁵ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 595.

³²⁶ *Idem*.

entre “iguais” não existem razões para se reconhecer uma eficácia direta, afirma:

[...] a dignidade humana, enquanto conteúdo essencial absoluto do direito, nunca pode ser afectada – esta é a garantia mínima que se pode retirar da Constituição. Assim, por exemplo, nos casos de renúncia (auto-restrição) do titular do direito fundamental, que são aqueles em que mais longe se pode ir na garantia da liberdade negocial, aceitamos (pressuposta sempre a igualdade dos sujeitos) que ela exclui a aplicação do preceito constitucional, mas, ainda aí, só se não atingir aquele mínimo de conteúdo do direito para além do qual o indivíduo se reduz à condição de não-homem – neste casos o bem jurídico deve ser considerado indisponível.³²⁷

Portanto, o mínimo existencial, no que se refere à garantia da satisfação das necessidades básicas para uma vida com dignidade, assume a condição de conteúdo irrenunciável dos direitos fundamentais sociais (assim como o conteúdo em dignidade é irrenunciável no campo dos direitos fundamentais em geral),³²⁸ tanto que vincula o próprio (particular) titular do direito e, por via de consequência, também acaba por gerar um correlato e direto dever jurídico de respeito e proteção, mesmo por parte de outros particulares – remata Sarlet.

Aplicação interessante da noção de que os direitos sociais – quando em causa as necessidades básicas para uma vida com dignidade – geram possíveis efeitos (também diretamente) nas relações entre particulares encontra-se na decisão proferida pela 9.^a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento n. 70003299401, julgado em 28 de novembro de 2001, e relatado pela Desembargadora Mara Larsen Chechi. Tratava-se de execução extrajudicial de dívida hipotecária que recaía sobre imóvel no qual o devedor tinha sua residência. Ao apreciar a questão, decidiu o Tribunal:

³²⁷ ANDRADE, *op. cit.*, p. 293-94.

³²⁸ Nesse sentido, Novais observa que “tal utilização do princípio da dignidade da pessoa humana, associada à defesa de um direito fundamental a um mínimo vital – no âmbito do direito à vida ou como direito fundamental autônomo –, é cada vez mais freqüente e pacificamente reconhecida”. Cf. NOVAIS, *op. cit.*, p. 63.

SISTEMA FINANCEIRO HABITACIONAL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL. SITUAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. IMÓVEL HIPOTECADO. LITÍGIO ACERCA DO DÉBITO. DIREITO À MORADIA. PROTEÇÃO. DIGNIDADE HUMANA. INTERESSE PREVALENTE.

A pendência de litígio acerca do débito de mútuo hipotecário torna controvertida a liquidez da dívida e a mora, conferindo verossimilhança ao alegado direito à sustação da execução extrajudicial, para proteção da moradia, indispensável à operacionalização da garantia constitucional à dignidade da vida humana, que se sobrepõe a direitos meramente patrimoniais.³²⁹

Assim, mostra-se procedente a tese justamente defendida por Sarlet,³³⁰ de que – desde que consideradas todas as facetas de uma metódica diferenciada e os critérios materiais estabelecidos pela própria Constituição, para a necessária solução tópico-sistemática dos casos concretos – os direitos fundamentais sociais têm em princípio eficácia direta nas relações privadas.

³²⁹ Disponível no site: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 10 nov. 2009.

³³⁰ SARLET, 2006, *op. cit.*, p. 597.

CONCLUSÃO

Ao final e como conclusão, deve-se, em primeiro lugar, recordar que, no marco da Constituição de 1988, os direitos sociais comungam, em termos gerais, do mesmo regime jurídico-constitucional atribuído aos demais direitos fundamentais, não havendo razão, consoante o exposto, para que se entenda de forma diversa. Todos os direitos fundamentais (mesmo os denominados direitos a prestações em sentido estrito) são eficazes no âmbito das relações privadas, inexistindo, em princípio, distinção entre os direitos de defesa e os prestacionais, em que pesem os objetos diversos e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possam até vincular, na condição de obrigado em primeira ordem, os órgãos estatais.

O atrelamento dos particulares também aos direitos fundamentais sociais impõe-se com fundamento, a saber: *(i)* no princípio da supremacia da Constituição; *(ii)* no postulado da unidade material do ordenamento jurídico; *(iii)* na vinculação dos órgãos estatais aos deveres de proteção; *(iv)* no princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1.º, III); *(v)* no preceito da solidariedade (CF, art. 3.º, I); e *(vi)* na cláusula da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 5.º, § 1.º).

Além disso, não se pode esquecer que o equacionamento adequado desta problemática pressupõe que se divise, corretamente, na estrutura dos direitos sociais, uma dimensão defensiva e uma dimensão prestacional. E mais: que se reconheça o fato de que um mesmo direito pode englobar, concomitantemente, estas duas dimensões – defensiva e prestacional –, como não é raro acontecer, sendo certo que a prevalência de cada uma delas dependerá das circunstâncias do caso concreto. Para demonstrar o exposto, destacou-se aqui, entre outros exemplos, o direito à moradia, que (como direito negativo) pode bloquear ações contrárias, como no caso da vedação da penhora, e (como direito positivo) pode servir de fundamento a uma atuação do Estado no sentido de assegurar, mediante determinadas prestações jurídicas ou materiais, o acesso a uma moradia.

Em seguimento, firma-se a convicção de que, quanto à forma e à medida da eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares, em boa parte dos casos, a existência de uma prévia opção legislativa, no que concerne a composição dos conflitos, é a solução constitucionalmente adequada, de tal sorte que não haverá o Judiciário de interferir, sob pena de extrapolar as suas competências jurisdicionais. Contudo, em outras circunstâncias, a própria lei estará violando direitos sociais e/ou princípio constitucional, cabendo aos órgãos jurisdicionais fazer valer o seu poder-dever de correção ou mesmo, na ausência ou insuficiência da lei, aplicar diretamente as normas constitucionais, delas extraindo os seus efeitos jurídicos e outorgando-lhes máxima efetividade. Tanto que a jurisprudência brasileira já registra alguns exemplos importantes nesse sentido, especialmente em relação ao direito fundamental à saúde.

Contudo, a eficácia em princípio direta dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares deverá ser graduada por estruturas de ponderação (ordenadas pelo princípio da proporcionalidade, na sua dupla dimensão, como proibição de excesso e de insuficiência), que, do outro lado da balança, considere, dentre outros fatores, o *grau* da autonomia privada do particular cujo comportamento se pretende restringir. Quanto maior a desigualdade entre as partes da lide, menor será o grau de autonomia privada, e maior a tutela do direito social em jogo. Ao inverso, numa situação de tendencial igualdade entre as partes, maior será o grau de autonomia privada, abrindo espaço para restrições mais profundas ao direito social com ela em conflito. O princípio da igualdade material, que se infere da conjugação da cláusula da isonomia (CF, art. 5.º, *caput*) com a diretriz constitucional apontada como um dos fundamentos da República, de redução das desigualdades sociais (CF, art. 3.º, III), não apenas permite, mas antes impõe, na ordem jurídica brasileira, a proteção das partes mais débeis nas relações privadas.

Por outro lado, os direitos fundamentais sociais vinculam os particulares, mesmo no caso de relações paritárias. Até em relações de tendencial igualdade, impõe-se uma proteção direta dos direitos fundamentais sociais, sob

pena de se proporcionar uma garantia incompleta à dignidade da pessoa humana. Se se admite, como premissa, que os direitos fundamentais sociais protegem os bens jurídicos mais relevantes para a pessoa humana, não há razão para recusar uma proteção constitucional integral a estes bens, independentemente de onde provier a ameaça ou agressão. Nesses casos, no entanto, a proteção à autonomia privada há de ser mais intensa no momento da ponderação de interesses, já que não mais prevalecerá aquela presunção de que a parte mais fraca não agiu livremente no momento em que consentiu com determinada restrição ao exercício de certo direito fundamental social de que era titular.

Outro fator importante para a verificação da eficácia dos direitos sociais nas relações privadas é a essencialidade do bem envolvido na relação jurídica. Quanto mais o bem envolvido na relação jurídica em discussão for considerado essencial para a vida humana, maior será a proteção do direito fundamental social em jogo, e menor a tutela da autonomia privada. Ao inverso, quando o bem sobre o qual versar a relação privada puder ser qualificado como supérfluo, a proteção da autonomia privada será maior, e menos intensa se fará a tutela do direito fundamental social contraposto.

É, pois, precisamente nesse ponto que a garantia do mínimo existencial (no sentido aqui adotado, de garantia das condições indispensáveis para uma vida condigna) passa a merecer atenção especial, como um dos mais importantes critérios materiais para uma adequada ponderação do problema posto, ou seja, também quando em causa a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas. Isso porque, quanto mais essencial a necessidade material em jogo, maior deve ser o peso atribuído ao direito social no processo ponderativo. Prestações situadas fora do mínimo existencial têm, portanto, uma chance menor de êxito, já que, quando elas estiverem em questão, o direito social comparecerá à ponderação com peso reduzido.

Todavia, não é correta a tese de que o papel do Judiciário em matéria de proteção aos direitos sociais tenha sempre de se limitar à garantia do mínimo existencial. Se se persegue, em relação a todos os demais direitos

fundamentais, a máxima efetividade, naquilo que seja fática e juridicamente possível, por que, em matéria de direitos sociais, contentar-se com o mínimo? O ponto a que pode chegar o Judiciário depende de uma ponderação de interesses a ser feita em cada caso, na qual, de um lado, figure o direito social em jogo, e, do outro, os princípios concorrentes, como a autonomia privada, a livre iniciativa, o direito de propriedade etc. Ademais, persiste a possibilidade de adjudicação judicial de direitos sociais, mesmo naquilo que extrapolar ao mínimo existencial, sobretudo em razão da força normativa que tais direitos possuem.

Não bastasse, ainda há um dado sistêmico importante, que deve ser devidamente sopesado. As relações privadas não estão isentas dos valores constitucionais, que impõem sua conformação aos parâmetros materiais de justiça, dentre os quais desponta a idéia de solidariedade. Portanto, ao lado do dever primário do Estado, de garantir os direitos sociais, é possível visualizar um dever secundário da sociedade de assegurá-los. Isso é o que justifica a produção legislativa que, por exemplo, garante a gratuidade dos transportes de massa para idosos e deficientes de baixa renda, impõe regras para os reajustes dos planos de saúde em favor da pessoa idosa, obriga os bancos privados a destinarem uma parcela dos recursos que captarem a programas de financiamento de habitação popular etc. Embora o princípio da solidariedade por si só não seja suficiente para fundamentar uma vinculação dos particulares à dimensão prestacional dos direitos sociais (em vista do caráter secundário da obrigação da sociedade), há, contudo, razões suficientes para invocá-lo e qualificá-lo como um argumento adicional de reforço.

Por derradeiro, considera-se que a opção de confinar a eficácia dos direitos sociais às relações de caráter meramente político, mantidas entre cidadãos e poderes públicos, é uma escolha ideológica, que não leva em consideração as peculiaridades da Constituição brasileira de 1988, sobretudo voltada para a promoção da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da justiça material e da igualdade substantiva. Daí firmar-se a convicção de que – desde que se tenha sempre o cuidado de não negligenciar a aplicação do

princípio da proporcionalidade, na sua dupla dimensão (como proibição de excesso e de insuficiência), e os critérios materiais estabelecidos pela própria Constituição, para uma necessária solução tópico-sistemática dos casos concretos – é possível endossar a tese da eficácia em princípio direta dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares. No mínimo, há de se admitir que se cuide de uma linha argumentativa substancialmente viável, a reclamar, todavia, um desenvolvimento constante na teoria e na prática.

REFERÊNCIAS

ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

ABROMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 135-67.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1998.

ARANGO, Rodolfo. *Estado social de derecho y derechos humanos*. Disponível em: <<http://www.revistanumero.com/39sepa6.htm>>. Acesso: 16 out. 2009.

_____ ; RIPOLL, Julieta Lemaitre. Jurisprudencia constitucional sobre el derecho al mínimo vital. *In: ARANGO, Rodolfo; RIPOLL, Julieta Lemaitre (dirs.). Estudios Ocasionales del Cijus*. Bogotá D. C., Colômbia: Uniandes, 2002, p. 7-129.

ARANHA, Márcio Iorio. Conteúdo essencial das cláusulas pétreas. *Notícia do Direito Brasileiro*, Brasília, n. 7, p. 389-402, set./2000.

ARIZA, Santiago Sastre. Hacia una teoría exigente de los derechos sociales. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, ES: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n. 112, año 2001, p. 253-70, abr./jun. 2001.

AUGUSTIN, Sérgio. Uma breve discussão sobre os direitos fundamentais. *Revista Trabalho e Ambiente*, Caxias do Sul, v. 3, n. 4, p. 171-180, jan. 2005.

_____ ; ALMEIDA, Ângela. O uso de células-tronco de embriões humanos: aplicação do princípio da proporcionalidade. *In: PAVIANI, Jayme; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. Homem, natureza, direito: notas de estudo sobre biodireito e direito ambiental*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2005, p. 59-78.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7.ed. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

AVILA, Rosemari Pedrotti de. Monitoramento de e-mails corporativos: o poder diretivo do empregador, o direito à intimidade do empregado e a lei da ponderação. *In: AUGUSTIN, Sérgio (org.). Direito trabalhista e previdenciário: reflexões acadêmicas*. Caxias do Sul, RS: Educs, 2007, p. 171-80.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 107-34.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 4.ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

BEDIN, Barbara. Ações afirmativas, *Revista Trabalho e Ambiente*, Caxias do Sul, v. 5, n. 9, p. 227-35, jul./dez., 2007.

BILBAO UBILLOS, Juan María. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301-340.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

CADEMARTORI, Sérgio. *Estado de Direito e legitimidade: uma abordagem garantista*. 2.ed. Campinas, SP: Millennium, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 225-45.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e défice procedimental. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 69-84.

_____. Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 137-59.

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CHIARELLI, Carlos Alberto. *O trabalho e o sindicato: evolução e desafios*. São Paulo: LTr, 2005.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória *In*: VASCONCELOS, Antonio Vital Ramos de, et. al. *Uma vida dedicada ao direito: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho o editor dos juristas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 34-53.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. II – n. 8, p. 151-161 – jul./set. 2003, p. 159-61. Disponível em: <

<http://www3.esmpu.gov.br/linha-editorial/boletim-cientifico/boletim8.pdf>>. Acesso em: 22 out. 2009.

_____. Sobre os direitos do homem. *In: CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional: (e de teoria do direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 121-7.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Interpretação constitucional*. 3.ed. rev. e aument. São Paulo: Saraiva, 2007.

ESTRADA, Alexei Julio. *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 13-61.

FARIA, José Eduardo. *El derecho en la economía globalizada*. Madrid, ES: Trotta, 2001.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação*. Porto Alegre: SAFE, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. El Estado constitucional de derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad. *In: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. (org.). Corrupción y Estado de derecho: el papel de la jurisdicción*. Madri: Trotta, 2005, p. 15-29.

FIGUEIREDO, Mariana. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre, 2007.

FREITAS, Juarez. A melhor interpretação constitucional versus a única resposta correta. *In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 317-56.

_____. *A interpretação sistemática do direito*. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2002.

GADAMER, Hans-Georg. Sobre El círculo de la comprensión” [1959]. *In: GADAMER, Hans-Georg. Verdad y método*. 2.ed. Salamanca: Sígueme, 1994, v. 1, p. 63-70.

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. *In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). Legitimação dos direitos humanos*. 2.ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 209-92.

GOMES, Fábio Rodrigues. *O direito fundamental ao trabalho: perspectivas histórica, filosófica e dogmático-analítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, v. 3.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: SAFE, 1991.

_____. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 2001.

HOFMANN, Hasso. La promessa della dignità umana: dignidade dell'uomo nella cultura tedesca giuridica. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Milano, v. 76, n. 1, p. 620-50.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton, 1999.

JOLLY, Richard. Globalização com uma face humana. *Relatório de Desenvolvimento Humano 1999*, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Disponível em: < <http://www.pnud.org.br/rdh/rdh99/index.php>>. Acesso em: 02 nov. 2009.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1985.

KRELL, Andreas J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo poderes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 25-60.

KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LOBATO, Anderson Cavalcante. Os desafios da proteção jurisdicional dos direitos sociais, econômicos e culturais. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo, RS: Universidade do Vale do Rio dos Sinos, 1999, v. 32, n. 86, set./dez., p. 5-24.

LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares: algumas considerações*. Coimbra: Coimbra, 1995.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 8.ed. Madrid: Tecnos, 2003.

MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde: (arts. 83 e 84, CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MATEUS, Cibele Gralha. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição brasileira de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MATHIEU, Bertrand. *La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel: à propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998*. In: *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n. 6, 1998. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/pdf_cahiers/CCC6.pdf>. Acesso em: 21 out. 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à constituição de 1967: com a emenda n.1 de 1969*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970-1972, v.4.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1998, v.4.

MÜLLER, Friedrich. Que grau de exclusão social ainda pode ser tolerado por um sistema democrático? *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, Edição Especial, out. 2000, p. 45. Disponível em: <http://www2.portoalegre.rs.gov.br/pgm/default.php?reg=4&p_secao=72>. Acesso em: 05 nov. 2009.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los limites de los derechos fundamentales em las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. O Direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=161>>. Acesso em: 21 out. 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.

NUNES, Anelise Coelho. *A titularidade dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2009.

PANSIERI, Flávio. Do conteúdo à fundamentalidade do direito à moradia. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues (org.) *et. al.. Constituição e Estado social: os obstáculos à concretização da Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra, 2008, p. 111-35.

PAVIA, Marie-Luce. Le principe de dignité de la personne humaine: un nouveau principe constitutionnel. In: CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. *Droits et libertés fondamentaux*. 6.ed. Paris: Dalloz, 2000, p. 121-39.

PECES- BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Univ. Carlos III de Madrid, 1995.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental nas relações jurídicas entre particulares. In: BARROSO, Luís

Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 119-92.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-83.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanzola. A força normativa dos princípios constitucionais fundamentais: a dignidade da pessoa humana. *In: PIOVESAN, Flávia (org.). Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 339-70.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito internacional*. 11.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Princípios do direito do trabalho*. 3.ed. atual. São Paulo: LTr, 2000.

QUADRA-SALCEDO, Tomás. *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Madrid: Civitas, 1981.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo, Ática, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REIS, Jorge Renato dos. Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares. *In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (orgs.). Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2007, tomo 7, p. 2033-064.

RIVERO, Jean. La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées. *In: René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber III – Protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*. Paris: Éditions Pedone, 1971, p. 311-322.

ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. Reinventar a democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. *In: OLIVEIRA, Francisco de; PAOLI, Maria Célia Pinheiro Machado (orgs.). Os sentidos da democracia: políticas do dissenso e hegemonia global*. 2.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2000, p. 83-129.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: uma análise do inciso III, do art. 1º, da constituição federal de 1988*. Fortaleza: Celso Bastos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 107-161.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 129-73.

_____. A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, 2003b, p. 333-94.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.* 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 15-43.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.* 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. *In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (orgs.). Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 551-602.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas.* 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *In: MELLO, Celso D. de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (dirs.). Arquivos de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. 04, p. 63-115.

_____. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e a Reforma da Previdência. *In: Marcelo Leonardo Tavares. (Org.). A reforma da previdência social.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1-48.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA NETO, Antônio. Limites da tutela antecipada em face dos direitos humanos. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência,* Ribeirão Preto, v. 29, n. 3, p. 35-54, mai./2002.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais.* São Paulo: Malheiros, 2004.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito à saúde (STF): comentários. *In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo. Arquivos de direitos humanos.* Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v. 3, p. 392-410.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 8.ed. Madrid: Trotta, 2008.

ZIPPELLIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

WEBER, Albrecht. Estado social, direitos fundamentais sociais e segurança social na República Federal da Alemanha. *In*: BARROS, Sérgio Resende de; ZILVETI, Fernando Aurelio (coords.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. São Paulo: Dialética, 1999, p. 13-21.