

ENSAIO SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS
ESSAY ON THE EFFECTIVENESS OF THE SOCIAL RIGHTS

Cinara Palhares*

RESUMO

No paradigma do Estado neoliberal, a efetividade dos direitos sociais previstos constitucionalmente tem sido bastante questionada, em razão da prestação positiva exigida do Estado, sujeita à vontade política dos governantes e à reserva do possível. Não se nega que a Constituição Federal vincula o legislador ordinário, irradiando seus princípios e valores nas leis infraconstitucionais, nem que os seus preceitos servem de norte interpretativo para o juiz ao aplicar o corpo normativo. No entanto, quando se trata da vinculação da administração pública às normas constitucionais sobre direitos sociais, argumenta-se que o Poder Judiciário não deve invadir a discricionariedade administrativa, sob pena de violação da tripartição dos poderes, de maneira que as normas que prevêm direitos sociais são consideradas meramente programáticas. Assim sendo, nega-se qualquer eficácia aos direitos sociais enquanto direitos subjetivos a serem exigidos do Poder Público. Este trabalho pretende rechaçar a tese de que as normas que tutelam direitos sociais são meramente programáticas, e buscar parâmetros para que a aplicação dessas normas não seja considerada “normativismo constitucional revolucionário”, pois a garantia geral e efetiva dos direitos sociais somente poderá ser obtida por meio de políticas públicas eficientes. Isso não significa dizer que os direitos sociais não possuam um mínimo de eficácia para tutelar as situações nas quais o núcleo essencial da dignidade humana corre o risco de ser violado. A eficácia das normas de direitos sociais será analisada também nas relações privadas, sobretudo quando um dos pólos da relação é ocupado por um ente caracterizado como “poder social”, sempre com a cautela de se considerar que nas relações privadas ambas as

* Mestranda em Direito Civil pela Universidade de São Paulo

partes são titulares de direitos fundamentais, de maneira que existe tanto um núcleo de autonomia privada, quanto um núcleo de dignidade humana, que deve ser preservado.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITOS; HUMANOS; FUNDAMENTAIS; SOCIAIS; EFETIVIDADE; EFICÁCIA; NORMA PROGRAMÁTICA; DISCRICIONARIEDADE; PODER PÚBLICO; RELAÇÕES PRIVADAS; SOCIAL.

ABSTRACT

In the paradigm of neoliberal State, the effectiveness of the social rights established by the Federal Constitution has been questioned, due to the positive action required from the State (or even from private citizens) submitted to the political will and to the economic possibilities. It is undeniable that the Federal Constitution obliges the legislative authority, spreading its principles and values through the ordinary legislation, and that its rules give interpretative directions for the judge to apply the laws. However, when the subject is to oblige the public administration to observe the rules about social rights, it is argued that the judges cannot invade the administrative discretion, in order to respect the separation of powers. Therefore, it is argued that the rules that protect the social rights are merely programmatic. Thus, any effectiveness of the social rights as subjective rights is denied. This paper intends to refuse the thesis according to which the rules about social rights are merely programmatic, and to search parameters so that the application of these rules is not considered “revolutionary constitutional normativism”, because only efficient public policies are able to guarantee general and effective social rights. This doesn’t mean that the social rights do not have a minimum effectiveness to protect the situations in which the essential core of human dignity is about to be violated. The effectiveness of the social rights in the private relationships is also going to be analyzed, especially when one of the parties is a “social power”. In this case, it must be considered that on private relationships both parties are entitled of fundamental rights, so that both private autonomy and human dignity must be preserved.

KEY-WORDS: HUMAN; FUNDAMENTAL; SOCIAL; RIGHTS; EFFECTIVENESS; ADMINISTRATIVE DISCRETION; PUBLIC; SOCIAL; POWER; PRIVATE CITIZENS RELATIONSHIPS; PROGRAMMATIC RULE.

1. Introdução

O reconhecimento dos direitos humanos fundamentais faz parte da história recente da humanidade. Apesar de o conceito de dignidade humana ter surgido com os estóicos, retomado pela tradição cristã¹, e desenvolvido posteriormente por Immanuel Kant², a positivação jurídica dos direitos humanos fundamentais iniciou-se apenas com o Estado Liberal, que teve como marcos históricos a Revolução Francesa (1789), que consagrou os direitos individuais de liberdade como reação ao Estado Absolutista, e a declaração de independência dos Estados Unidos (1776), fundada nos ideais traçados por John Locke, para quem os indivíduos mantêm seus direitos inatos e inalienáveis (vida, liberdade e propriedade), devendo os governantes respeitá-los e protegê-los.

O essencial no paradigma do Estado Liberal era a salvaguarda das liberdades privadas do indivíduo, fundadas nos pilares da propriedade privada e da autonomia da vontade, com a garantia da segurança no cumprimento dos contratos e da previsibilidade nas relações jurídicas, essenciais para a afirmação da classe burguesa revolucionária, em substituição à nobreza decadente. No modelo liberal, a codificação tinha a pretensão de esgotar o regramento de todas as relações privadas, de maneira a diminuir o campo de

¹ Ver em: BARCELOS, Ana Paula de. “Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988”, in *Revista de Direito Administrativo* nº 221; 159-188, Renovar, p. 160.

² Kant fundamenta-se na autonomia e razão, próprios do ser humano, para formular o conceito de dignidade da pessoa humana. Para Kant, “o Homem, e duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade... Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas”. Destaca o valor absoluto do ser humano, salientando que “no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade”. (Immanuel Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, in “Os Pensadores”, p. 134 e 141, *apud* Ingo Wolfgang Sarlet, “Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988”, Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2004, 3ª Edição, pág. 33)

atuação dos magistrados. O juiz era mero aplicador do silogismo legal (considerado *la bouche de la loi*), noção esta desenvolvida pela escola da exegese.

No século XX, houve uma mudança de paradigma: do Estado Liberal para o Estado Social. Verificou-se que a simples garantia dos direitos de liberdade não assegurava a justiça social, e que a “mão invisível do mercado” não era forte o suficiente para combater a desigualdade social, tornando-se cada vez mais necessária a intervenção Estatal para a garantia das condições mínimas de sobrevivência do ser humano. Surgiu, então, o conceito de *Welfare State*, que se firmou, sobretudo, após a Segunda Guerra Mundial, na qual a humanidade presenciou as atrocidades do nazi-fascismo.

Os direitos sociais surgem com o paradigma do Estado Social. Em razão do período histórico em que foram reconhecidos, os direitos fundamentais passaram a ser divididos em (1) direitos, liberdades e garantias individuais e (2) direitos econômicos, sociais e culturais. Daí falar-se em direitos de 1^a e 2^a geração, classificação que segue um critério cronológico, além de refletir um dado técnico, que se refere à forma de efetivação desses direitos. Existe forte o entendimento de que os direitos individuais (liberdade de expressão, direito à privacidade, etc.), por envolverem uma abstenção (ausência de impedimento no livre exercício desses direitos), são auto-aplicáveis, enquanto que os direitos econômicos, sociais e culturais, por envolverem uma prestação, são normas programáticas, que dependem de certas condições factuais para a sua plena realização³.

A Constituição Federal Brasileira é um exemplo de Constituição Democrática e Social, seguindo a linha de diversas outras constituições do pós-guerra, pois além de uma larga lista de direitos fundamentais individuais (concentrados no seu artigo 5º), consagra também direitos sociais trabalhistas (arts. 7º ao 11) e não trabalhistas (art. 6º), políticos

³ Essa foi a premissa que levou a Assembléia Geral da ONU a elaborar dois tratados distintos sobre direitos humanos, em 1966: o Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Muito embora essa divisão tenha prevalecido, a própria ONU afirma a unidade e indivisibilidade dos direitos humanos, conforme expresso no artigo 5º da Declaração de Viena de 1993, pelo qual “todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados”. Segundo Flávia Piovesan: “Não obstante a elaboração de dois pactos diversos, a indivisibilidade e a unidade dos direitos humanos eram reafirmadas pela ONU, sob a fundamentação de que, sem direitos sociais, econômicos e culturais, os direitos civis e políticos só poderiam existir no plano nominal, e, por sua vez, sem direitos civis e políticos, os direitos sociais, econômicos e culturais também apenas existiriam no plano formal” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 160).

(arts. 14 ao 16), econômicos (arts. 170 ao 192), além de uma série de direitos sociais e transindividuais específicos previstos a partir do seu artigo 193, no Título VIII “Da Ordem Social”. Além da consagração expressa desses direitos, a Constituição de 1988 é caracterizada por ser repleta de valores sociais e humanitários, como a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º. III), a igualdade e a solidariedade social, postos como fundamento e objetivos fundamentais da República (CF, art. 3º, I e III).

O modelo social da Constituição de 1988 passou a ser criticado com o advento da economia globalizada, marcada por uma forte dominação dos países desenvolvidos detentores do poder econômico e bélico mundial, que passaram a impor a inexistência de barreiras nacionais ao desenvolvimento dos mercados mundiais, a não intervenção estatal e a privatização da economia⁴.

Assim, os direitos sociais, que por sua própria natureza prestacional já encontram uma série de dificuldades para a sua implementação, sofrem ainda com uma diminuição de importância em razão de uma nova mudança de paradigma: do Estado Social para o Estado Neoliberal. No paradigma atual (neoliberal ou pós-moderno), os poderes sociais ocupam funções que eram originariamente do Estado (como é o caso das empresas que prestam serviços públicos essenciais em regime de concessão), e propugnam pela não-intervenção e pela desregulamentação do mercado. Verifica-se, portanto, uma forte tensão entre esses poderes e o próprio ordenamento jurídico, pois este prevê limites, muitas vezes indesejados, ao exercício do poder econômico. Em verdade, conforme constata Luiz Roberto Barroso, o que ocorre com o Brasil é que se chegou à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal

⁴ Conforme destaca Daniel Sarmento: “As idéias econômicas neoliberais tornaram-se hegemônicas na comunidade financeira internacional, inspirando o chamado Consenso de Washington – receituário proposto pela Secretaria do Tesouro dos EUA, Banco Mundial, FMI, e principais instituições bancárias do G7, para a estabilização das economias dos países emergentes, cujas propostas básicas são abertura dos mercados internos, estrita disciplina fiscal com corte de gastos sociais, privatizações, desregulamentação do mercado, reforma tributária e flexibilização das relações de trabalho. Como afirmou Noam Chomsky, um dos maiores críticos desse modelo, “... os grandes arquitetos do Consenso (neoliberal) de Washington são os senhores da economia privada, em geral empresas gigantescas que controlam a maior parte da economia internacional e têm meios de ditar a formulação de políticas e a estruturação do pensamento e da opinião” (CHOMSKY, Noam. *O Lucro ou as Pessoas: Neoliberalismo e a ordem social*. Trad. Pedro Jorgensen Jr., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, pág. 22)”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. Pág. 45/46).

ou moderno⁵. No mesmo sentido, Daniel Sarmiento destaca que o paradigma da globalização (neoliberal) “pegou no contrapé” a Constituição Federal de 1988, que segue um modelo social que jamais logrou ser concretizado⁶.

Nesse contexto, o presente trabalho se propõe a analisar a concretização dos direitos sociais previstos na Constituição Federal Brasileira de 1988, com enfoque no papel do Poder Judiciário na efetivação desses direitos. Para tanto, analisar-se-á qual a eficácia do artigo 6º da Constituição Federal: trata-se de mera norma programática ou, diferentemente, trata-se de norma que contém verdadeiros direitos subjetivos que podem ser exercidos seja em face do Estado, seja em face de particulares, nas próprias relações privadas? Nesse último aspecto, verificar-se-á quais as cautelas necessárias para não se prejudicar outros direitos fundamentais, de titularidade das pessoas contra quem se pretende opor o direito social, observando-se a segurança jurídica necessária para o bom funcionamento do ordenamento jurídico.

2. O problema da concretização dos direitos sociais não trabalhistas

Os direitos sociais não trabalhistas estão previstos no artigo 6º da Constituição Federal, que assim dispõe: “São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Além desse dispositivo, que contém uma previsão mais abrangente dos direitos sociais, a Constituição Federal dedica Capítulos e Seções no Título “Da Ordem Social” para regular a seguridade social, que

⁵ Luiz Roberto Barroso, falando das transformações perceptíveis no mundo globalizado, destaca que: “No direito, a temática já não é a liberdade e seus limites, como no Estado liberal; ou a intervenção estatal e seus limites, como no *welfare state*. Liberdade e igualdade já não são os ícones da temporada. A própria lei caiu no desprestígio. No direito público, a nova onda é a governabilidade. Fala-se em desconstitucionalização, delegificação, desregulamentação...”. Prossegue dizendo que “O discurso acerca do Estado atravessou, ao longo do século XX, três fases distintas: a pré-modernidade (ou Estado liberal), a modernidade (ou Estado social) e a pós-modernidade (ou Estado neo-liberal). A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal ou moderno. Herdeiros de Uma tradição autoritária e populista, etilizada e excludente, seletiva entre amigos e inimigos - e não entre certo e errado, justo ou injusto -, mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa”. (BARROSO, Luiz Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro”, *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. I, nº 6, set/2001, Salvador/BA).

⁶ SARMENTO, Daniel. cit. Pág. 49.

engloba a saúde (arts. 196 a 200), a previdência social (arts. 201 e 202), e a assistência social (arts. 203 e 204), a educação (arts. 205 a 214), a cultura (arts. 215 e 216), o desporto (art. 217), o meio ambiente (art. 225) e a família (arts. 226 a 230). Esses direitos possuem íntima relação com o princípio da solidariedade social, previsto no artigo 3º, incisos I, III e IV da CF, e da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da CF.

As dificuldades na implementação desses direitos sociais, num país como o Brasil, onde impera a desigualdade social e a vulnerabilidade econômica, são incalculáveis. Deve-se a isso o fato de que o respeito aos direitos sociais envolvem uma dimensão prestacional, e não uma mera abstenção, tal como ocorre com os direitos de liberdade, previstos no artigo 5º da Constituição Federal. Por envolver uma prestação positiva (ação), dependem de previsão orçamentária, que, por sua vez, depende da arrecadação tributária e da aprovação de leis de diretrizes orçamentárias por cada ente da federação, cuja competência deve ser respeitada, além, é claro, da vontade política dos governantes (discricionariedade administrativa). De acordo com Canotilho, a proteção dos direitos sociais, econômicos e culturais depende de uma série de condições, que são chamadas pela doutrina moderna de *pressupostos de direitos fundamentais*, que são “a multiplicidade de factores – capacidade económica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento económico, criatividade cultural, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa – que condicionam, de forma positiva e negativa, a existência e protecção dos direitos económicos, sociais e culturais”⁷.

Considerando esses fatores, surgiu forte a teoria de que as normas que prevêm os direitos sociais são meramente programáticas, estipulando apenas metas a serem atingidas pelos entes políticos, não sendo fonte de direito subjetivo público a ser oposto em face do Estado, o que daria ao particular o direito de exigir, por exemplo, uma habitação do Poder Público competente. Consolidou-se o entendimento de que o único direito subjetivo público expressamente reconhecido como tal pela Constituição Federal é o direito ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, nos termos do artigo 208 da CF.

⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. 4ª edição, p. 463.

Em oposição à tese de que os direitos sociais representam normas meramente programáticas, há quem defenda a sua plena eficácia, mesmo nas relações entre particulares, tal como pode se observar na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet⁸ e Flávia Piovesan⁹.

Neste impasse, questiona-se sobre a possibilidade do Poder Judiciário, numa demanda proposta por um único indivíduo, dar efetividade a um direito social, desconsiderando as políticas públicas desenvolvidas pelo ente público competente, e privilegiando um único indivíduo, em detrimento de toda a coletividade. Mais ainda: pode um particular ser compelido a prestar um direito social, em substituição mesmo ao Poder Público? É possível exigir um maior ativismo do Poder Legislativo?

Essas questões envolvem o tema polêmico da politização do Poder Judiciário, e o retorno do tema da justiça distributiva ao centro do debate jurídico. Procuraremos, portanto, sistematizar essas questões, ainda que brevemente, nos tópicos abaixo, ressaltando-se quais as cautelas que devem ser tomadas na efetivação dos direitos sociais, seja por parte do Poder Público, seja nas relações entre particulares. Analisaremos, ainda, o tratamento que atualmente é dado pela jurisprudência brasileira ao tema, a qual aponta para uma alteração de posicionamento e ruptura de dogmas que pareciam ser intransponíveis.

3. Garantia dos direitos sociais por parte do Poder Público: limite do interesse social e garantia de um mínimo de dignidade da pessoa humana.

⁸ De acordo com o autor: “Na medida em que se poderá questionar quais são as normas de direitos fundamentais relevantes para efeitos de uma vinculação dos particulares, notadamente no que diz com os direitos sociais, importa firmar posição no sentido de que 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 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.” (SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. *Revista de Direito do Consumidor* n. 36, pág. 96)

⁹ Flávia Piovesan defende a acionabilidade dos direitos sociais, econômicos e culturais, considerando que “a idéia da não-acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica, e não científica. É uma pré-concepção que reforça a equivocada noção de que uma classe de direitos (os direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe (os direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer reconhecimento”. (PIOVESAN, Flávia. cit., pág. 180 e 181).

No que tange à eficácia dos direitos sociais em face do Estado cumpre destacar, primeiramente, que as normas constitucionais devem orientar a elaboração legislativa, constituindo o seu pressuposto material de constitucionalidade. É o que Canotilho chama de dimensão objetiva dos direitos sociais, que vinculam o legislador de duas maneiras: num sentido proibitivo, que veda a edição de atos normativos contrários às normas e princípios constitucionais, e num sentido positivo, que impõe ao legislador o dever de realização dos direitos fundamentais¹⁰. Assim sendo, poderá uma norma ser declarada inconstitucional por desprezar os direitos sociais previstos constitucionalmente.

Ademais, os direitos sociais previstos constitucionalmente devem orientar a atividade do Poder Judiciário no momento da interpretação e aplicação das Leis. Conforme leciona Canotilho, “os tribunais não estão apenas ‘ao serviço da defesa de direitos fundamentais’; eles próprios, como órgãos do poder público, devem considerar-se vinculados pelos direitos fundamentais”¹¹. Assim sendo, se uma lei infraconstitucional permitir mais de uma interpretação, deverá prevalecer aquela que melhor garantir o direito social. Trata-se da interpretação conforme a Constituição Federal, que muitas vezes “salva” uma norma que esteja no limite da constitucionalidade. Exemplo claro da interpretação conforme à constituição verifica-se na questão da extensão da proteção da Lei 8.009/90 à moradia de pessoa solteira, decidida pelo Superior Tribunal de Justiça nos Embargos de Divergência nº 182.223/SP, no qual decidiu-se que “a interpretação teleológica do art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão.”

Mas é com relação à exigibilidade dos direitos sociais enquanto direitos subjetivos em face da administração pública que os maiores problemas aparecem. Não se negam as dificuldades para a efetivação dos direitos fundamentais sociais, seja em virtude da resistência ideológica¹², seja em razão de sua efetivação estar limitada pelas possibilidades

¹⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. cit., pág. 432.

¹¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. cit., pág. 438.

¹² De acordo com Daniel Sarmento, “existe a resistência ideológica: pela sua vocação para a promoção da justiça distributiva, os direitos sociais acenam para uma transformação do *status quo*, e por isso mobilizam

materiais do Estado de prestar esses direitos. No entanto, afirma Canotilho que não obstante falar-se em “reserva do possível”, “a efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais não se reduz a um simples *apelo* ao legislador”. Prossegue dizendo que “existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”¹³.

Não se desconhece que o pensamento de Canotilho tem sofrido reformulações, chegando o jurista a afirmar, no prefácio à nova edição da obra “Constituição Dirigente”, que “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”¹⁴. No entanto, conforme afirma Lenio Luiz Streck¹⁵, deve-se considerar que, diferentemente da Constituição brasileira, a Constituição portuguesa possuía um texto de caráter revolucionário, que apontava até mesmo para a mudança do modo de produção rumo ao socialismo. Ademais, esclarece que hoje não é possível falar de uma teoria geral da Constituição, mas sim, de teorias das Constituições, pois apesar de existir um núcleo mínimo nas Constituições ocidentais modernas, derivado do Estado Democrático de Direito, o núcleo específico deriva das especificidades e da identidade de cada Estado. No caso brasileiro, afirma o autor que as promessas da modernidade não foram cumpridas, e que o *Welfare State* não passou de um “simulacro”. Defende, assim, uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT)*¹⁶.

contra si os interesses de extratos privilegiados da sociedade, que não desejam mudanças”. (SARMENTO, Daniel. cit., pág. 37).

¹³ CANOTILHO, J.J. Gomes. cit., pág. 468.

¹⁴ *Apud* STREK, Lenio Luiz. “O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais”. In: *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, pág. 190.

¹⁵ STREK, Lenio Luiz. cit. pág. 191 a 201.

¹⁶ Nas palavras do autor: “Refiro-me ao que se pode denominar de núcleo de direitos sociais fundamentais plasmados em cada texto que atendam ao cumprimento das promessas da modernidade. O preenchimento do *déficit* resultante do histórico descumprimento das promessas da modernidade pode ser considerado no plano de uma teoria da Constituição adequada a países periféricos ou, mais especificamente, de uma *Teoria da Constituição Dirigente Adequada aos Países de Modernidade Tardia (TCDAPMT)*, como conteúdo compromissário mínimo a constar no texto constitucional, bem como os correspondentes mecanismos de acesso à jurisdição constitucional e de participação democrática”. (STREK, Lenio Luiz. cit. pág. 193).

Estamos de acordo com a tese de que o dirigismo constitucional não deve ser entendido como “normativismo constitucional revolucionário”, pois o que se defende neste trabalho é a consideração dos pressupostos de direito material, das políticas públicas existentes e a tutela de um núcleo mínimo dos direitos fundamentais, que escapa à discricionariedade da administração pública, e não a incidência pura e simples dos preceitos constitucionais, enquanto direitos subjetivos absolutos, de maneira a operar transformações sociais pelas mãos do Poder Judiciário. Em verdade, os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal possuem caráter relativo, pois devem ser considerados em face de outros direitos fundamentais, buscando-se a harmonização e o alcance do bem comum.

Na jurisprudência brasileira, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 575.280-SP, em setembro de 2004, de relatoria do Ministro Luiz Fux, condenou o Município de Santo André a construir creche para disponibilizar vagas para crianças de 0 a 6 anos, sob pena de multa diária, em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público em favor de menor. Com fundamento no direito social previsto no artigo 208, IV da CF, bem como no artigo 4º, inciso IV da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (L. 9.394/96), e no artigo 54 do ECA (L. 8.069/90), o Ministro relator entendeu ser direito subjetivo da criança obter vaga em creche, sendo dever do Estado assegurar esse direito, cujo fundamento não decorre de norma meramente programática.

A posição que até então imperava, e expressada no voto vencido do Ministro José Delgado, era a de que as normas de direitos sociais são meramente programáticas, cabendo ao Poder Executivo a conveniência e oportunidade de realização dos atos administrativos, restando ao Judiciário apenas o controle quanto à obediência aos princípios da moralidade, eficiência, impessoalidade, finalidade e só excepcionalmente o controle de mérito, não podendo fazer-se substituir ao Poder Executivo, sob pena de quebra da tripartição dos poderes, além do que a realização dos fatos concretos pela administração depende de dotação orçamentária prévia e do programa de prioridades do governo.

Certo é que, em regra, deve caber ao Poder Executivo a discricionariedade sobre a utilização dos recursos públicos. Acaso não se mantenha a independência dos Poderes, poder-se-á chegar a uma situação de absoluta ausência de governabilidade, pois a população tem diversas necessidades (iluminação pública, transporte, saneamento básico,

saúde, educação, gastos com a própria administração, etc.), sendo que é o órgão administrativo que deve saber tanto dessas necessidades, quanto das dificuldades financeiras para a sua efetivação. Seria correto o Poder Judiciário ter o poder de decidir entre o asfaltamento de uma rua ou a construção de uma creche? É certo que o direito à educação é previsto constitucionalmente, mas outros direitos também o são. Parece evidente a necessidade do estabelecimento de certos critérios para o julgamento de uma ação como esta, que visa tutelar um direito social, pois outros direitos de mesma natureza podem vir a ser prejudicados.

O Ministro Teori Albino Zavaschi, em voto-vista proferido no mesmo acórdão, reconheceu essas dificuldades, e, ponderando a situação concreta apresentada, entendeu pela proteção de um *mínimo essencial que escapa ao poder de discricão administrativa ou política*¹⁷. O critério da *proteção do mínimo essencial*, que deverá ser provado no caso concreto, e cuja violação seja considerada um atentado insuportável ao princípio da dignidade da pessoa humana, parece ser a saída para a solução das questões relativas à efetividade dos direitos sociais, sem que isso prejudique o estado democrático, estruturado sob o pilar da separação dos Poderes. No julgamento ora comentado, o STJ não invadiu competência administrativa, mas sim, fez cumprir a lei, inspirada na Constituição Federal.

¹⁷ Vale transcrever o seguinte trecho do voto no qual o Ministro Teori Zavaschi considerou as circunstâncias especiais do caso concreto para conceder a tutela pretendida: "... A hipótese dos autos enquadra-se no núcleo mínimo essencial. Quem vem buscar o cumprimento do dever estatal de assistência a seus filhos é mãe necessitada e desassistida pelo Estado, conforme se constata do relatório elaborado pela Assistente Social Judiciário, de fls 27/28: "**Situação Habitacional** A Sra. Miriam e os filhos Elisia, Ana Carolina e Suelem residem em casa alugada por R\$ 80,00, feita de madeira, composta de 02 cômodos, oferecendo pouco conforto aos habitantes, porém, recebendo cuidados satisfatórios em relação a organização e higiene. **Situação Econômica.** A Sra. Miriam não tem emprego fixo porque não tem com quem deixar as filhas menores, Elisia e Ana Carolina. Ela faz bicos de manicure e faxineira, recebe 01 cesta básica da Prefeitura, auxílios da Igreja Evangélica que freqüenta e apoio financeiro do ex-companheiro. **Grupo Familiar.** A Sra. Maria reside na companhia das 02 filhas, todas de pais diferentes. Destes não recebe apoio ou ajuda financeira, arcando com todos os cuidados e necessidades do cotidiano. Referem não poupar esforços para garantir as filhas as condições básicas para as suas necessidades. Alega necessitar colocação na creche João de Deus, próxima à sua casa, para providenciar trabalho fixo e que lhe garanta melhor suprimento e conforto às filhas. **As crianças.** Elisia conta com 01 ano de idade e Ana Carolina com 02 anos e 07 meses, ambas com boa saúde e desenvolvimento pertinente às respectivas idades, a carteira de vacinação encontra-se em ordem, através do Posto de Saúde. A filha Suelem, 07 anos, cursa a 1ª série escolar, nas mesmas condições, apresenta-se integrada ao grupo familiar e, segundo a genitora, poderia permanecer sozinha quando estiver fora a trabalho. Sendo assim, parece que a genitora tem enfrentado dificuldades para completa manutenção da família, porém, buscando recursos mínimos e próprios para mantê-las sob cuidados adequados." (Voto vista no REsp nº 575.280-SP).

Situação semelhante verificou-se no julgamento das questões envolvendo a obrigação do Estado de fornecer medicamentos às pessoas que deles necessitam. Diversas já são as decisões que condenam as fazendas públicas estaduais a fornecer medicamentos às pessoas necessitadas, sendo que essa necessidade deve ser medida pela ausência de condições em custear o tratamento médico. Portanto, não é necessário que a pessoa seja absolutamente destituída de recursos, pois se o tratamento for demasiadamente caro, deverá o Estado custeá-lo, sendo esta uma medida necessária para a preservação da vida e da dignidade humana¹⁸.

Observe-se, portanto, que a jurisprudência acerca da efetividade dos direitos sociais tem evoluído, de maneira que, em certos casos, diante da necessidade de se tutelar um mínimo essencial desses direitos, o Poder Judiciário tem atuado para lhes dar a garantia necessária. Vale, entretanto, a observação, feita pelo professor Virgílio Afonso da Silva¹⁹, de que deve preferir-se a interpretação por princípios, apta a considerar todas as variáveis do caso concreto, como a necessidade da pessoa, ou a existência de políticas públicas que estejam atendendo progressivamente as necessidades da população, e assim, se estaria conferindo efetividade ao dispositivo constitucional. Segundo o Professor, uma incidência por mera subsunção acarretaria a concessão direta do direito, sem que sejam analisadas essas variáveis, o que é necessário para se conferir a correta interpretação e aplicação dos preceitos constitucionais.

4. Incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas

O problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas decorre do fato de que o particular, contra quem se pretende opor um direito fundamental, ao contrário do Poder Público, também é titular de direitos fundamentais. Como compatibilizar, portanto, a tutela efetiva dos direitos fundamentais com a salvaguarda da autonomia privada? Em que medida pode-se mitigar o princípio da autonomia privada, que rege as relações entre particulares, para dar efetividade aos direitos sociais e individuais? A

¹⁸ Ver RE nº 393.175-0/RS, relatado pelo Ministro Celso de Mello.

¹⁹ Estas colocações foram feitas no “Colóquio Internacional de Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições”, nos dias 26 a 28 de março, em São Paulo, realizado pela FGV.

discussão não deve se limitar à eficácia dos direitos individuais de 1ª geração, devendo abranger também os direitos sociais não-trabalhistas, conforme será abordado a seguir.

Com a evolução histórica dos direitos fundamentais, surgiram teorias sobre a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que vão desde a negativa de eficácia, passando pela eficácia indireta, mediada pelo legislador infraconstitucional, até a afirmação da eficácia direta e irrestrita.

Para a *teoria da negação da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, surgida na Alemanha, os direitos fundamentais representam apenas direitos de defesa em face do Estado, pois a eficácia horizontal representa uma interferência indevida na autonomia individual e destruiria a identidade do Direito Privado, que ficaria absorvido pelo direito Constitucional, conferindo poder exagerado aos juízes, em detrimento do legislador democrático. Dessa forma, os direitos fundamentais somente teriam incidência nas relações privadas quando expressamente contemplados pelo legislador infraconstitucional. Essa doutrina perdeu sua força a partir da década de 50, quando o Tribunal Constitucional Alemão passou a reconhecer a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas em casos célebres como o Lüth²⁰. Resta saber de que maneira admite-se a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas: se de forma direta ou mediante algum mecanismo tipicamente de Direito Privado.

A *teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais* propugna que a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas ocorre pela intermediação do legislador ordinário, seja por previsão expressa nas leis infraconstitucionais, seja pelo estabelecimento de “pontes” entre o direito privado e a Constituição, representadas pelas cláusulas gerais e pelos conceitos jurídicos indeterminados, por meio das quais seria possível a incidência dos direitos fundamentais. Dessa forma, firma-se o entendimento de que os direitos fundamentais são protegidos no campo privado através de mecanismos

²⁰ Ver caso Luth em www.iuscomp.org. Resumo: Luth era presidente do clube de imprensa de Hamburgo e no pós-guerra manifestou-se contrário a um cineasta conhecido nazista, recomendando que o seu novo filme não fosse exibido nas salas de cinema, e, caso fosse, que “os alemães decentes” não deveriam assisti-lo. O cineasta entrou com ação contra Lüth, que foi julgada procedente em 1ª instância, por considerar a atitude de Lüth contrária à moral e aos bons costumes. A Corte Constitucional reverteu a decisão do juízo civil por violação do direito à liberdade de expressão. (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003. p. 69)

típicos de Direito Privado. Essa teoria admite, ainda, que o Poder Judiciário rejeite, por inconstitucionalidade, a aplicação da legislação infraconstitucional incompatível com os direitos fundamentais, de acordo com os mecanismos de controle de constitucionalidade previstos no direito interno. Dessa forma, a Constituição não investe os particulares em direitos subjetivos privados, mas apenas irradia os seus valores na legislação infraconstitucional. Alguns defensores da incidência indireta admitem a atuação do Judiciário, com aplicação direta dos direitos fundamentais, em casos excepcionais de lacuna do ordenamento privado.

A *teoria da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais (Drittwirkung)* foi defendida inicialmente por Hans Carl Nipperdey²¹, para quem certos direitos fundamentais podem ser invocados diretamente nas relações privadas, independentemente de qualquer mediação por parte do legislador. Para o autor, os perigos que ameaçam os direitos fundamentais não provêm apenas do Estado, mas também dos particulares (dos poderes sociais e dos terceiros em geral)²². Walter Leisner, posteriormente, defendeu que, quando esses direitos não forem suficientemente protegidos pelo legislador, as normas constitucionais produzem efeito direto de obrigatoriedade nas relações entre os cidadãos²³.

Essa posição é criticada por representar um risco para o sistema de Direito Privado, pois entre os particulares existe um grau de desigualdade admitido, em razão da autonomia privada e do poder de dispor sobre os seus interesses, no qual o Estado não deve interferir. No entanto, como afirma Daniel Sarmento, “cumprе destacar ... que os adeptos da teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais nas relações privadas não negam a existência de especificidades nesta incidência, nem a necessidade de ponderar o direito fundamental em jogo com a autonomia privada dos particulares envolvidos no caso. Não se trata, portanto, de uma doutrina radical, que possa conduzir a resultados liberticidas, ao contrário do que sustentam seus opositores, pois ela não prega a desconsideração da liberdade individual no tráfico jurídico-privado”²⁴.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. cit.. *RDC* n. 36, pág. 66.

²² SARMENTO, Daniel. cit., p. 245.

²³ SARMENTO, Daniel. cit., p. 245.

²⁴ SARMENTO, Daniel. cit., pág. 246.

Doutrina recente na Alemanha é a dos deveres de proteção, que se aproxima a da incidência indireta, e que tem como defensores Konrad Hesse, Albert Bleckmann, Klaus Stern e Claus-Wilhelm Canaris²⁵. Ingo Wolfgang Sarlet sintetiza dizendo que, para essa teoria, “os deveres de proteção decorrentes das normas definidoras de direitos fundamentais impõe aos órgãos estatais (e é o Estado o destinatário precípua desta obrigação) um dever de proteção dos particulares contra agressões aos bens jurídicos fundamentais constitucionalmente assegurados, inclusive quando essas agressões forem oriundas de outros particulares”²⁶. Cabe ao legislador disciplinar o comportamento dos particulares, introduzindo a tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas de modo preciso, ou dar espaço para valoração por parte do Judiciário através das cláusulas gerais²⁷. Dessa forma, é resguardado um espaço de autonomia privada, com a possibilidade de intervenção estatal nas relações privadas apenas em casos excepcionais. A teoria dos deveres de proteção resguarda a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário seja através do controle de constitucionalidade das normas de direito privado, seja pela valoração das cláusulas gerais segundo os preceitos constitucionais.

Ao tratar dos direitos, liberdades e garantias constitucionais (referindo-se, portanto, aos direitos individuais), Canotilho aponta para uma superação da dicotomia eficácia mediata x eficácia imediata, em razão da necessidade de *soluções diferenciadas em face dos problemas concretos suscitados*²⁸. Segundo o mestre português:

Reconhece-se, desde logo, que a problemática da chamada ‘eficácia horizontal’ se insere no âmbito da *função de proteção dos direitos fundamentais*, ou seja, as normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias e direitos análogos constituem ou transportam *princípios de ordenação objectiva* – em especial, deveres de garantia e de protecção do Estado – que são também eficazes na ordem jurídica privada (k. Hesse). Esta eficácia, para ser compreendida com rigor, deve ter em consideração a *multifuncionalidade* ou *pluralidade de funções dos direitos fundamentais*, de forma a possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o ‘referente’ de direito fundamental que estiver em *causa no caso concreto*²⁹.

²⁵ Conforme: SARLET, Ingo Wolfgang. cit.. *RDC* n. 36, pág. 70.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. cit.. *RDC* n. 36, pág. 71.

²⁷ Sobre Canaris, ler David Capitant, “Les effets Juridiques des Droits Fondamentaux em Allemagne”. Paris: LGDJ, 2001. pág. 258-262, *apud* Daniel Sarmiento, cit., p. 259.

²⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. cit., pág. 1246.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. cit., pág. 1246.

Assim sendo, Canotilho propõe a divisão dos direitos fundamentais em “constelações de eficácia horizontal”, a fim de sistematizar a incidência desses direitos nas relações privadas. Os grupos sugeridos são: grupo I – eficácia horizontal expressamente consagrada na Constituição; grupo II – eficácia horizontal através da mediação do legislador no âmbito da ordem jurídica privada; grupo III – eficácia horizontal imediata e mediação do juiz; grupo IV – “poderes privados” e eficácia horizontal; grupo V – o núcleo irreduzível da ‘autonomia pessoal’. Os problemas da eficácia se colocam nos três últimos grupos.

No caso de mediação pelo juiz (grupo III), Canotilho entende que os direitos e garantias fundamentais devem servir como *medidas de decisão*, mas aponta algumas cautelas, tendo em vista o dever de se dar operatividade à função de proteção desses direitos. Destaca que em primeiro lugar os juízes devem aplicar o direito privado positivado em conformidade com os direitos fundamentais, pela via da aplicação conforme a Constituição. Se a interpretação conforme for insuficiente, a lei não será aplicada, porque inconstitucional, sendo que esta declaração de inconstitucionalidade deve estar na competência do órgão judicante. Destaca, por fim, que os instrumentos metódicos não são apenas as cláusulas gerais ou conceitos indeterminados, mas também as próprias normas consagradoras dos bens jurídicos absolutos (vida, liberdade)³⁰.

Quanto aos ditos “poderes sociais” (grupo IV), Canotilho traz à luz os ensinamentos de Nipperdey, Leisner e Lombardi, para os quais as violações aos direitos fundamentais não provêm apenas dos poderes públicos, mas também dos poderes sociais (associações, empresas, partidos, etc.). Para o autor português, apesar dos poderes sociais não comportarem equiparação com o poder público, as leis e os Tribunais devem considerar a situação de desigualdade entre as partes para o fim de dar efetividade à função de proteção dos direitos, liberdades e garantias³¹.

Por fim, no grupo do núcleo irreduzível da autonomia pessoal (grupo V) estão os casos em que os direitos fundamentais não podem exercer força conformadora, sob pena de violação da autonomia pessoal. Para ilustrar a questão, Canotilho cita o caso do pai que

³⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes. cit., pág. 1249.

³¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. cit., pág. 1249.

favorece um filho em detrimento do outro pela disposição da quota disponível, sem que isso represente violação de qualquer direito constitucional. Tendo em vista esta e outras situações, reafirma a necessidade da concordância prática dos vários princípios e interesses relevantes para a solução do caso concreto. Conclui dizendo que a interpretação conforme os direitos fundamentais “não significa uma absolutização da eficácia irradiante dos direitos fundamentais com a correspondente capitulação dos princípios da ordem jurídica civil ... apenas que as *soluções diferenciadas* (Hesse) a encontrar não podem hoje desprezar o valor dos direitos, liberdades e garantias como elementos de eficácia conformadora imediata do direito privado”³².

Com isso, ao nosso entender, Canotilho sintetiza de maneira brilhante a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Apenas acrescentaríamos que tais observações valem, com as devidas cautelas, também para os direitos sociais, os quais, segundo o próprio mestre português, também têm aplicabilidade nas relações privadas, assunto do qual nos ocuparemos no tópico seguinte.

5. Eficácia dos direitos sociais nas relações privadas

A questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas torna-se ainda mais problemática quando se trata dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais. Se a exigência de efetivação dos direitos sociais em face do Estado já gera uma série de dificuldades, o que se dirá de se exigir uma prestação (ação) por parte dos particulares, e não uma mera abstenção?

Os problemas na concretização dos direitos sociais em face de particulares somam-se aos problemas de concretização em face da administração pública. Além de todos os problemas de incidência suscitados no tópico anterior, quanto aos direitos sociais existe uma idéia de que é dever do Estado praticar a justiça distributiva, de maneira que os particulares, ao pagarem seus impostos e contribuírem para a seguridade social, estão desincumbidos dos ônus sociais, podendo exercer livremente a sua autonomia privada, sem qualquer responsabilidade perante o próximo.

³² CANOTILHO, J.J. Gomes. cit., pág. 1250 a 1251.

Com as transformações recentes na dogmática contratual, que consagraram os princípios sociais, como o da função social dos contratos, da boa-fé objetiva e do equilíbrio contratual, a autonomia privada não pode mais ser entendida de maneira absoluta, pois existe uma garantia mínima de justiça contratual, que não era reconhecida pelos regimes liberais. Certo é que os direitos sociais, previstos pela Constituição Federal, são os vetores que orientam a elaboração legislativa, constituindo o seu fundamento de validade, podendo ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que desrespeite os direitos sociais, conforme visto anteriormente. Ademais, servem de critério interpretativo no momento da aplicação das leis, pelo recurso da interpretação conforme a constituição Federal.

Não há dúvidas, portanto, de que quando a legislação infraconstitucional prevê expressamente uma conduta aos entes privados, privilegiando um direito social, criam-se direitos subjetivos para as pessoas beneficiadas, que poderão exigir a incidência da lei, acaso se encontrem numa situação por ela contemplada. Esse é o exemplo da Lei 8.009/90, que prevê a proteção para o bem de família com a finalidade de garantir o direito à moradia. A previsão legal pode, por vezes, ser alargada, em função da interpretação conforme a constituição federal, tal como ocorreu no caso dos embargos de divergência no recurso especial nº 182.223/SP, já citado anteriormente, no qual se reconheceu a proteção também ao único bem imóvel de pessoa solteira, com fundamento no direito à proteção da moradia.

Um outro caso de interpretação ampliativa da legislação federal para dar efetividade ao direito social de moradia diz respeito à Lei 8.692/93, que define planos de reajustamento dos encargos mensais e dos saldos devedores nos contratos de financiamentos habitacionais no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, de acordo com a renda mensal do mutuário. Esta lei não contempla expressamente o caso de desemprego na família, para fins de verificação da renda e, assim, autorizar a renegociação do contrato. No entanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação n. 70004545729, reconheceu o direito à renegociação em caso de desemprego na família, com fundamento no artigo 6º da CF, e nos princípios da boa-fé, da equidade e da vulnerabilidade do consumidor, sobretudo em se tratando de contrato para aquisição da casa própria.

Em outra situação, o Tribunal de Justiça de São Paulo, também pela via da interpretação conforme, decidiu por flexibilizar a ordem de preferência de credores, na

liquidação do Banco BMD, para privilegiar uma autora octagenária, que padece do mal de Alzheimer, para liberação do seu pagamento em caráter preferencial (Apelação nº 346.988.4/6-00).

Em verdade, conforme destaca Daniel Sarmento, “o texto constitucional brasileiro acena, em diversas passagens, no sentido da co-responsabilidade dos particulares em relação à garantia dos direitos sociais não trabalhistas”³³, o que pode ser observado no art. 192, quando prevê o dever do sistema financeiro nacional de promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade; art. 194, quando prevê que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade; art. 205, quando prevê que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade; art. 225, quando prevê que é dever do Poder Público e da coletividade a preservação do meio ambiente; art. 227, pelo qual é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar os direitos da criança e do adolescente; e no art. 230, pelo qual é dever da família, da sociedade e do Estado o amparo às pessoas idosas.

Esse dever de solidariedade se impõe com maior força aos chamados “poderes sociais”³⁴, que são os entes privados detentores do poder econômico, capazes de influenciar diretamente nas decisões políticas do país. Dissemos no capítulo introdutório que, no paradigma da globalização, está ocorrendo uma redução do papel do estado, que vem constantemente sendo substituído pelos grandes conglomerados econômicos e instituições financeiras, sendo que o estado brasileiro vem seguindo o receituário do Consenso de Washington para diminuir os gastos sociais e privatizar os setores públicos, inclusive aqueles que envolvem a prestação de serviços essenciais, dentre outras demandas do mundo globalizado³⁵. Se esses poderes sociais estão ocupando o espaço que antes era do Estado do Bem Estar Social, e em razão da posição privilegiada que ocupam nas relações econômicas, deve-se admitir que se lhes possa exigir, senão o mesmo tipo de prestação que se exigiria do próprio estado, ao menos um grau mais elevado de solidariedade social. Até mesmo porque, não é de se admitir o retrocesso nos direitos fundamentais conquistados. Se o

³³ SARMENTO, Daniel. cit., pág. 334.

³⁴ Ver CANOTILHO, J.J. Gomes. cit., pág. 1249.

³⁵ SARMENTO, Daniel. cit. pág. 51.

Estado se retira de uma atividade social, como é o caso do fornecimento de energia elétrica, deve-se exigir da empresa concessionária que garanta a continuidade na prestação do serviço público, diante da demonstração da necessidade emergencial de tutela da dignidade humana.

Contudo, não é essa a orientação que vem sendo seguida pelo Superior Tribunal de Justiça, que vem entendendo pela possibilidade de se proceder ao corte de serviços essenciais, como o de energia elétrica, independentemente da demonstração da situação de miserabilidade do consumidor³⁶. Esse posicionamento rejeita, claramente, o dever de solidariedade social previsto pela Constituição Federal, negando uma interpretação própria de uma comunidade de princípios³⁷. O corte de serviços públicos essenciais para a vida humana viola valores fundamentais reconhecidos pela Carta Política brasileira, que declara ser fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e que coloca como objetivos fundamentais “construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, I e III), e como objetivo da ordem econômica assegurar uma existência digna e a realização da justiça social (art. 170, *caput*). Ademais, o fornecimento de serviços públicos essenciais é dever inafastável do Estado, e somente a sua execução é que tanto pode ser direta quanto delegada a entes privados por contrato (concessão ou permissão - CF, art. 175). Parece, portanto, mais razoável a posição do voto vencido do Ministro Luiz Fux, no Recurso Especial nº 363.943/MG, para quem a condição especial da pessoa deve ser considerada.

Mesmo diante do posicionamento do STJ pela possibilidade do corte, algumas decisões de Tribunais Estaduais consideraram valores ligados à dignidade da pessoa humana para impedir a interrupção na prestação desses serviços, tomando-se como exemplo o caso de uma instituição de caridade que abriga menores, inclusive portadores do vírus HIV (AI nº 4265/2005, TJRJ), de uma anciã de 92 anos de idade, com problemas de

³⁶ Recurso Especial nº 363.943/MG.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pág. 254.

saúde (Apelação nº 2004.001.02291, TJRJ), ou de pessoas que necessitavam da energia elétrica para manter-se vivas (AI nº 70018098004 e AI nº 70014119671, TJRS)³⁸.

6. Conclusões

Ao longo da exposição, demonstrou-se que a efetividade dos direitos sociais vem ganhando espaço na jurisprudência nacional. Reconhece-se que a proteção dos direitos sociais deve respeitar as particularidades de cada caso concreto, devendo ser verificada a necessidade de se tutelar um *mínimo existencial inafastável para a não violação da dignidade humana*. De acordo com J.J. Gomes Canotilho, “isto parece indiscutível em relação ao *núcleo essencial* de direitos sociais ligados à proteção da *dignidade humana*”. Prossegue reconhecendo que “o comércio jurídico privado está, portanto, vinculado pelos direitos fundamentais sociais sobretudo no que respeita ao núcleo desses direitos intimamente ligados à dignidade da pessoa humana (ex: contratos lesivos à saúde da pessoa, contrato lesivo dos direitos dos consumidores)”³⁹.

Reconhece-se que a interferência do Poder Judiciário para dar cumprimento aos direitos sociais somente deva ocorrer somente em casos extremos, nos quais o núcleo essencial da dignidade humana esteja na iminência ou já esteja sendo violado. Isso porque, ao se admitir indiscriminadamente a atuação do Poder Judiciário no intuito, declarado ou não, de operar transformações sociais, corre-se o risco de beneficiar apenas os autores das demandas judiciais, em detrimento de toda a coletividade. De fato, apenas políticas públicas eficientes são capazes de generalizar a garantia dos direitos sociais.

Portanto, o Poder Judiciário, ao decidir questões que envolvam a aplicação de direitos sociais, deve ter a cautela de verificar os pressupostos de direito material e a existência de políticas públicas que denotem a atuação da administração pública no sentido

³⁸ No próprio STJ, mesmo após a decisão da Primeira Seção, o Ministro Franciulli Netto deixou de reformar a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por entender que na hipótese de unidade residencial, sendo o usuário pessoa de escassos recursos financeiros, o débito, de valor irrisório, deverá ser exigido pelos meios judiciais cabíveis, sendo vedado o corte no fornecimento de energia elétrica. (REsp 625119/RS).

³⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes. cit., pág. 473. Valem aqui as observações quanto a necessidade de soluções diferenciadas, de acordo com o caso concreto, conforme exposto no item 4.3 (ref. CANOTILHO, J.J. Gomes. cit., pág. 1244 a 1251).

de garantir progressivamente os direitos sociais, e assim não beneficiar um único indivíduo em detrimento da coletividade. Ainda assim, nas situações emergenciais, nas quais o núcleo essencial da dignidade humana esteja sendo violado, atendidas as peculiaridades do caso concreto, não se deverá admitir o argumento da discricionariedade administrativa, nem mesmo o da intangibilidade da autonomia privada, sob pena de o Poder Judiciário omitir-se e violar ele mesmo a Constituição Federal.

Quando se pretender a incidência dos direitos sociais nas relações privadas, outras cautelas devem ser tomadas. Além da necessidade de se tutelar o mínimo existencial, deve-se verificar se a efetivação do direito social não afetará gravemente outros direitos fundamentais dos indivíduos contra os quais se pretende opor o direito social, sobretudo nas relações entre iguais. Dessa forma, não se pode garantir o direito à moradia do locatário que não cumpre com suas obrigações contratuais, em detrimento ao direito de propriedade do locador. Nem se deverá manter o fornecimento de energia elétrica para uma grande empresa, que é inadimplente contumaz, e que está pondo em risco o fornecimento de energia para toda a coletividade. A liberdade e segurança jurídica dos agentes privados também são importantes para a preservação dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

Por outro lado, em se tratando de um ente privado que corporifica um *poder social*, a oposição dos direitos sociais justifica-se ainda pela desigualdade existente entre as partes, e a conseqüente incidência reforçada do princípio da solidariedade, previsto em diversos dispositivos constitucionais, tendo em vista que, no mundo globalizado, o papel do Estado tem sido substituído pelos agentes privados detentores do poder econômico, que devem assumir os ônus, juntamente com os bônus. Deve-se, em todos os casos, ponderar as soluções no caso concreto, de maneira a melhor garantir o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.

7. Bibliografia

BARCELOS, Ana Paula de. “Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988”, in *Revista de Direito Administrativo* nº 221; 159-188, Renovar.

BARROSO, Luiz Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro”, *Revista Diálogo Jurídico*, ano I, vol. I, nº 6, set/2001, Salvador/BA.

BOBBIO, Norberto. “A Era dos Direitos”. Editora Campus.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 4ª edição.

COMPARATO, Fábio Konder. “A Segurança” e “A Solidariedade” in *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006. Parte III, cap. IV item 2, p. 574 a 581.

_____. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LAFER, Celso. “A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt”, São Paulo: Companhia das Letras, 1991

MACHADO, J. Baptista. “O Direito e a Segurança” in *Introdução ao direito e ao Discurso Legitimador*. Coimbra: Almedina, 1987, p. 55 a 62.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana – Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro – São Paulo: Renovar, 2003.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2004, 3ª Edição.

_____. “Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”. *Revista de Direito do Consumidor* n. 36, pág. 54-104.

STREK, Lenio Luiz. “O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais”. In: *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro - São Paulo: Renovar, 2003, pág. 191 a 201.