

UNIVERSIDADE LUTERANA DO BRASIL
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO



MARCELO DE CASTRO TÓLIO

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

CANOAS

2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

MARCELO DE CASTRO TÓLIO

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito da Universidade Luterana
do Brasil como requisito para a obtenção do
título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direitos Fundamentais.

Orientador: Dr. Wilson Antônio Steinmetz

CANOAS

2008

MARCELO DE CASTRO TÓLIO

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS
NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado
em Direito da Universidade Luterana do Brasil
como requisito para a obtenção do título de Mestre
em Direito.

Área de concentração: Direitos Fundamentais.

Aprovada em: 28/08/2008

Dr. Wilson Antônio Steinmetz
(Ulbra, Presidente e Orientador)

Dr. Jorge Renato dos Reis
(UNISC, Membro Externo)

Dra. Elaine Harzheim Macedo
(Ulbra)

Dr. Gerson Luiz Carlos Branco
(Ulbra)

*À memória de meu pai,
inseparável e insuperável companheiro,
amigo e irmão, que guiou, e continua a guiar, todos
os meus passos.*

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar os direitos fundamentais sociais nas relações entre os particulares, destacando-se aqueles que têm maior repercussão na doutrina e na jurisprudência, quais sejam, os direitos à saúde, educação e moradia. O ponto de partida é a vinculação dos particulares a direitos fundamentais e as teorias que cercam o tema. A partir disso, questiona-se sobre a possibilidade dessa vinculação aos direitos fundamentais sociais. São apresentados entendimentos contrários e favoráveis à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. Dos exemplos trazidos pela doutrina acrescentam-se outros, e algumas hipóteses são apresentadas, do que se faz uma análise da possibilidade ou do afastamento de uma vinculação dos particulares. Após a exposição das funções exercidas pelos direitos fundamentais sociais, o estudo é pautado pela análise crítica dessas funções nas relações entre particulares, demonstrando de que forma podem vincular os particulares, bem como apresenta obstáculos a essa vinculação. O marco referencial é a Constituição brasileira de 1988. Além das lições doutrinárias, recorre-se à jurisprudência.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Relações entre particulares. Vinculação. Teorias.

ABSTRACT

This study aims to examine the fundamental social rights in the relations between individuals, emphasizing those who have greater impact on doctrine and case law, namely, the rights to health, education and housing. The starting point is the linkage of individuals to fundamental rights and the theories that surround the subject. From there, wonders about the possibility of this linkage to the fundamental social rights. It presents the pros and cons understandings about the linkage of individuals to fundamental social rights. Other examples are added to those brought by the doctrine, and some hypothesis are made, making an analysis of the possibility or the expulsion of a linkage of the individuals. After the exposure of the functions performed by the fundamental social rights, the study is guided by the critical analysis of these functions in the relations between individuals, demonstrating how can link individuals to, and presents the obstacles to that linkage. The benchmark is the Brazilian Constitution of 1988. Beyond the doctrinal lessons, it uses the case law.

Keywords: Fundamental social rights. Relations between individuals. Linkage. Theories.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
------------------	---

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais

1 A constitucionalização do direito privado	11
3 Principais teorias sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais	17
3.1 Teoria mediata ou indireta	19
3.1.1 Críticas à teoria mediata	22
3.2 Teoria imediata ou direta	23
3.2.1 Críticas à teoria imediata	25
3.3 Teoria dos deveres de proteção.....	26
4 Teorias alternativas.....	28
4.1 Teoria extremada de Schwabe	28
4.2 Doutrina da <i>state action</i>	29
4.3 Modelo de três níveis de Alexy	31
4.4 O modelo de agrupamento de Canotilho	32
5 A doutrina brasileira	34
6 O STF e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais	35

Direitos fundamentais sociais e relações entre particulares

1 Os direitos fundamentais sociais.....	38
1.1 Normas programáticas ou normas justiciáveis?.....	38
1.2 Os direitos fundamentais sociais e suas funções	51
2 Direitos fundamentais sociais e relações entre particulares: a doutrina	56
3 Premissas da análise e opções temáticas.....	62

Direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares: aplicações específicas

1 O caso da saúde.....	65
2 O caso da moradia.....	77
3 O direito à educação	84
4 As relações de família.....	87
CONCLUSÃO	95
Referências.....	98

INTRODUÇÃO

Partindo-se da construção teórica dos direitos fundamentais como os direitos humanos positivados em determinado contexto constitucional¹, nota-se a preocupação da doutrina na análise destes direitos que, mesmo de longa data, têm na Revolução Francesa o marco de consagração.

Por contraditório que seja, do regime nazista muito se retirou para a evolução e aperfeiçoamento dos direitos fundamentais, tais como vistos atualmente. Tamanho o descaso com os direitos humanos, não se poderia supor uma virada tão repentina de rumo. Poucos anos após a derrocada dos horrores provocados pelo holocausto surge a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Mais estaria por vir.

Insurgindo-se contra o mesmo nazismo, certamente não imaginou um alemão que sua irresignação acabaria por propiciar ao direito um tema tão rico, tão repleto de desdobramentos.

Se está a falar de Erich Lüth², cujas manifestações contra o nazismo serviram de pano de fundo à visão dos direitos fundamentais como uma ordem irradiante de valores, tendo como mais significativo desdobramento a vinculação dos particulares a direitos fundamentais que, alçando vóo como tema jurídico autônomo, habilitou-se a receber seus próprios desdobramentos.

Não se está supondo que os direitos fundamentais estejam perfeitos, acabados e plenos de eficácia e amplamente respeitados. Do contrário, luta a doutrina por estas conquistas, pela eficácia dos direitos fundamentais, em especial daqueles direitos que exigem uma prestação: os direitos fundamentais sociais.

Assim, como direitos fundamentais que também os são, aos direitos sociais não seria negligenciada uma análise nas relações entre os particulares, mesmo que ainda não se tenha dado a merecida atenção ao tema, salvo honrosas exceções.

¹ Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, p. 56.

² O caso Lüth, pode ser assim resumido: em 1950 Eric Lüth era presidente de uma associação de imprensa na cidade de Hamburgo, Alemanha. Em uma conferência onde se encontravam vários produtores e distribuidores de filmes, Lüth defendeu o boicote ao filme, na tradução, “Amantes imorais” do diretor Veit Harlan, que no período nazista havia dirigido filmes que promoviam o regime. O diretor, em juízo pleiteou indenização e a proibição de Lüth continuar promovendo o boicote, tendo sua pretensão acatada com base em norma do Código Civil alemão que prescreve o dever de indenizar por quem cause prejuízo, de forma contrária aos bons costumes. Disso Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional que anulou a decisão com base na livre manifestação do pensamento, no entanto não aplicando esse princípio diretamente, mas em consonância com a cláusula geral dos bons costumes. Na decisão o conceito de bons costumes funciona como porta de entrada para os direitos fundamentais nas relações entre particulares. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*, p. 80.

Se aos direitos fundamentais clássicos de liberdade não há maiores entraves quanto à sua vinculação aos particulares, somente debatendo-se de que forma se dá essa vinculação, não se pode dizer o mesmo dos direitos fundamentais sociais, distantes de um consenso, próprio da seara desses direitos em que se verifica o antagonismo de entendimentos. Isso em razão da própria natureza dos direitos sociais. O que dizer então em relação à possibilidade, já ventilada na doutrina, de vinculação aos particulares. Esse o objetivo central do estudo: a análise da possibilidade, ou não, de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais.

Para tanto se dividiu a investigação em três capítulos.

No primeiro procura-se situar o tema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, servindo como pilares de edificação dessa teoria, além das noções histórico-evolutivas, dois temas em especial: a constitucionalização do direito e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Firmes os pilares que propiciam o amplo reconhecimento de uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, passa-se a abordar o como e em que medida se dá essa vinculação, através das teorias sobre o tema. Fala-se principalmente do exame das teorias direta e indireta, já que foram estas que tiveram maior reconhecimento.

Pavimentado o caminho que leva ao segundo bloco, a este é reservado espaço para a análise dos direitos fundamentais sociais nas relações entre os particulares. Necessário primeiramente uma mirada nos direitos sociais e seus aspectos controversos na doutrina, em especial, a questão da justiciabilidade. Num segundo momento, apresentadas as funções que podem exercer, são direitos fundamentais sociais inseridos nas relações entre os particulares, apresentando-se o que se escreveu sobre o tema.

Por fim, são apresentadas questões aventadas pela doutrina, bem como outras hipóteses que podem ser vislumbradas, tratando de direitos fundamentais sociais específicos, analisando-se as possibilidades, e obstáculos, à vinculação dos particulares. Ainda, de forma acurada, se estabelece como critério, para exame dos direitos fundamentais sociais entre os particulares, as funções que podem exercer.

O aspecto prático que denota a pesquisa tem apoio essencialmente na doutrina e jurisprudência, sendo que no tocante aos direitos fundamentais sociais nas relações entre os particulares o apoio é fundamentalmente na doutrina pátria, e é no contexto constitucional brasileiro que serão estudados.

Assim, tendo como pano de fundo, e marco da análise do problema, a Constituição Federal brasileira de 1988 e, nesse contexto, a abertura do catálogo de direitos fundamentais, bem como o objetivo principal do estudo, que segue a linha dos direitos fundamentais sociais, impõe-se outro recorte.

Mesmo nos direitos fundamentais sociais, dada a complexidade, e a preocupação de nossa Constituição em proteger uma gama riquíssima desses direitos, combinada com a precária terminologia empregada pelo constituinte,³ há que se limitar ainda mais a abordagem.

Chega-se assim à delimitação da pesquisa em relação aos direitos fundamentais sociais do art. 6º de nossa Constituição. Mais, cingi-se aos direitos que têm maior repercussão na doutrina e jurisprudência: saúde, educação e moradia. Ainda, estes nas relações familiares. Em que pese a relevância de outros, como os direitos trabalhistas, a questão da vinculação dos particulares a esses encontra-se razoavelmente pacificada, mas em relação aos direitos fundamentais sociais do art. 6º esse consenso está longe de ser obtido.

Apoiado o estudo nos direitos delimitados do art. 6º, segue-se a doutrina de Alexy, e o enquadramento na categoria dos direitos a prestações em sentido estrito. Aqueles em que, como diz Alexy, se o particular encontrasse no mercado a oferta deles, poderia obter de outros particulares.⁴ Diante disso segue-se a linha da doutrina brasileira especializada, em que se destacam Wilson Steinmetz, Ingo Sarlet, Daniel Sarmento e Cibele Mateus, que dedicaram especial atenção ao tema central desse estudo. Não se olvida do devido socorro à doutrina estrangeira.

Dessa forma, após uma investigação acurada dos fundamentos expostos por esses autores, se passa a analisá-los criticamente, acatando ou refutando esse ou aquele argumento, inserindo-se na problemática dos direitos fundamentais sociais e as relações entre particulares.

³ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 78.

⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 482.

A vinculação dos particulares a direitos fundamentais

Quando se trata de investigar a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, dois temas servem de esteio a tal abordagem. Trata-se da chamada constitucionalização do direito, de modo geral, e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, como um conjunto de valores, irradiando efeitos sobre toda ordem jurídica. Assim, inicialmente analisam-se os dois temas separadamente, como premissas históricas da vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

1 A constitucionalização do direito privado

A assim denominada constitucionalização do direito recebe na doutrina alguns significados específicos o que, antes da opção pelo sentido que interessa ao estudo, merece uma especial atenção, para que se situe o tema.

Analisando os ensinamentos de Louis Favoreu, Virgílio Afonso da Silva destaca os tipos de constitucionalização que são apontadas por aquele autor. Tem-se desta forma as chamadas constitucionalização-judicialização, que é a produção de efeitos dos dispositivos constitucionais nos demais ramos do direito, sob a influência do Conselho Constitucional francês; a constitucionalização-elevação, pois matérias antes reservadas às leis passam à regulação constitucional; e a constitucionalização-transformação, de caráter universal, não só voltado à evolução constitucional francesa, que impregna os diversos ramos do direito e constitucionaliza os direitos e liberdades.⁵

Tratando do que chama de constitucionalização do ordenamento jurídico, Riccardo Guastini elenca três possíveis significados: no primeiro, a constitucionalização se refere a uma primeira Constituição escrita em uma ordem jurídica antes desprovida de uma Lei Maior; no segundo, é utilizada em referência a um processo histórico-cultural em que as relações entre detentores de poder político e os que estão sujeitos a esse poder, transforma-se em vínculo

⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 47-48.

jurídico, diferindo da primeira pelo fato de não se esta a tratar de uma Carta escrita (o autor cita como exemplo o caso da Grã-Bretanha); a terceira concepção, atual, é aquela em que o ordenamento jurídico sofre a invasão das normas constitucionais, que penetram e impregnam aquele ordenamento.⁶

Assim, interessa ao estudo a constitucionalização do direito, como no terceiro sentido apresentado por Guastini, especialmente quando ressalta que “as relações privadas são condicionadas pela Constituição no sentido de que esta disciplina agora não somente as relações travadas entre Estado e cidadãos, mas também as relações, como se costuma dizer, ‘inter-particulares’ ”.

Desta forma, historicamente o tema da constitucionalização do direito privado⁷ encontra suas origens na ruptura da dicotomia entre o direito público e o direito privado, na passagem da supremacia do privado sobre o público para a primazia deste sobre aquele.⁸ É nesse momento que toma corpo a chamada constitucionalização do direito privado. Não que seja o tempo do ocaso do direito privado, mas é o reflexo da preocupação, cada vez maior, das constituições sociais em abordar temas historicamente consagrados ao direito civil. Antes o público e o privado não se comunicavam, e o distanciamento se devia a cada ramo tratar de matérias próprias: o direito privado disciplinava a sociedade civil, regulamentando a propriedade e a plena liberdade nos contratos; o direito público disciplinava tão só a estruturação e funcionamento do Estado.⁹ Os códigos de direito privado eram o que hoje representam as constituições. É como diz Paulo Bonavides¹⁰ em relação ao direito constitucional, que “toma ele o lugar de hegemonia que ontem coube ao Direito Civil”.

Durante o período das codificações, experimentam-se o individualismo e a não-interferência estatal frente aos temas vinculados ao direito privado. Agiganta-se a autonomia privada. Esse é o período também conhecido como do Estado liberal, sucessor do absolutismo. O

⁶ GUASTINI, Riccardo. “A ‘constitucionalização’ do ordenamento jurídico e a experiência italiana”, p. 271-272. Em relação à terceira concepção, que interessa ao presente estudo, diz o autor: “em um ordenamento constitucionalizado, o Direito Constitucional tende a ocupar o espaço inteiro da vida social e política, condicionando a legislação, a jurisprudência, o estilo doutrinário, a ação dos atores políticos, as relações privadas e etc”.

⁷ Sobre o tema há farta bibliografia, destacando-se, entre nós, para uma compreensão histórica, o texto de Eugênio Facchini Neto, “*Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*”, e diretamente ligada ao tema no caso brasileiro a obra de Gustavo Tepedino, “*Temas de direito civil*” p. 1-22.

⁸ FACCHINI NETO, Eugênio. “*Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*”, p. 12.

⁹ *Ibidem*, p. 17.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 35.

centro passa a ser o indivíduo e a sua proteção contra ingerência do Estado. O indivíduo é dotado de direitos, os quais o estado não pode violar. Com o crescimento da burguesia, tem-se então a regulamentação com espelhamento nessa classe. A liberdade contratual é o alicerce para a livre circulação das riquezas, somada à baixa interferência estatal.

Nesse período o legislador prevê quase a totalidade das situações jurídicas existentes e seu conseqüente desfecho. Ao caso litigioso, já estão previstas as possíveis soluções.¹¹ É o mundo da segurança, da manutenção das regras do jogo.

Com o surgimento de microssistemas, os códigos de direito civil, que regulavam a totalidade das relações entre os indivíduos, perdem espaço para o surgimento de blocos inteiros de regulação por leis extravagantes. Assim, há um rompimento do direito privado em si: os códigos civis não eram mais capazes de regularem a gama de interesses do direito privado.

Há com isso uma crescente intervenção estatal em matérias antes de interesse apenas da sociedade. É paulatino o afastamento do individualismo para a solidariedade, perde força a autonomia privada e cresce a dignidade da pessoa humana¹². Tem início a preocupação das constituições em tratar de temas de direito privado.

Assim, com a rigidez e conseqüente supremacia das normas constitucionais, e com o avanço dos princípios como diretrizes do anseio constitucional, as normas de direito privado, mesmo que não incorporadas ao texto da constituição, submetem-se ao crivo da conformação constitucional. É como sintetiza Ingo Sarlet¹³, cuidando da constitucionalização do direito e sua manifestação por duas vias: a atuação das normas constitucionais sobre as de direito privado, quer pela concretização legislativa ou judicial e nas relações entre particulares, quer na inserção de normas originariamente do direito privado na constituição. Ainda, há que se mencionar a crescente preocupação e positivação de direitos fundamentais, como verdadeira ordem de valores com efeitos em toda a ordem jurídica, compreendidos os poderes do Estado, bem como entre os particulares.

¹¹ FACCHINI NETO, Eugênio. Op. cit., p. 21. Ainda, o autor ilustra esse período com o que chama de “a ideologia dos 3 c s”: onde a legislação civil seja completa, por não possuir lacunas; clara, de fácil interpretação e são ambigüidades; coerente, livre de contradições (p. 20).

¹² Ibidem, p. 23.

¹³ SARLET, Ingo. “Direitos fundamentais sociais, ‘mínimo existencial’ e direito privado”, p. 577.

Com entendimento semelhante ao de Sarlet, Virgílio Afonso da Silva quer dizer com constitucionalização do direito a irradiação de normas e valores constitucionais às demais áreas do direito, sendo o principal aspecto disso a vinculação dos particulares a direitos fundamentais.¹⁴

No caso brasileiro, há idêntico percurso evolutivo, com as mesmas influências históricas. De fato, o Código Civil de 1916 representava o papel de Constituição do direito civil, monopolizador das relações privadas, disciplinando as relações patrimoniais e a livre contratação, protegendo da interferência estatal.¹⁵ Com o crescimento dos movimentos sociais, ocorre no Brasil a partir da década de 20 do século XX, o que ocorreu na Europa do século XIX: cresce a necessidade de intervenção do Estado, e a edição de leis extravagantes afeta o monopólio do Código Civil de regulação das relações patrimoniais privadas.¹⁶

É com a Constituição de 1988 que o fenômeno da constitucionalização do direito privado se completa. A Lei Maior disciplina institutos típicos de direito civil, passa o Estado a preocupar-se com a função social da propriedade e do equilíbrio contratual e a proteção do consumidor. Destina capítulos específicos à família, à criança e ao adolescente e ao idoso. Valores estes que passam a ser interpretados em harmonia com os demais preceitos da Constituição.¹⁷

Desta forma, com a incorporação pela Constituição de temas de origem do direito privado, passam as normas e princípios constitucionais a exercer grande influência na análise do direito privado. Passa então o direito civil a ter ingerência direta do texto constitucional, ou como prefere Sarlet,¹⁸ “situação em que, no fundo, se está a falar de direito constitucional e não propriamente de um direito civil-constitucional”.

Portanto, sendo as normas constitucionais informadoras e conformadoras para o ordenamento jurídico, passa-se a admitir a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Nota-se, como dito, que institutos consagrados ao direito privado, passam a ter acolhimento constitucional. Em síntese, considerando a evolução histórica, se vê a supremacia exercida pelos Códigos de direito privado; a seguir, a incorporação das normas clássicas do direito privado pelas constituições (inclusive erigidas a direitos fundamentais), culminando com o reconhecimento, de forma majoritária, da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. As relações entre particulares passam à vigília dos direitos fundamentais.

¹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito*, p. 18.

¹⁵ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, p. 3.

¹⁶ *Ibidem*, p. 5.

¹⁷ *Ibidem*, p. 14-15.

¹⁸ SARLET, Ingo. “Direitos fundamentais sociais, ‘mínimo existencial’ e direito privado”, p. 577.

Esvazia-se, assim, a dicotomia entre o público e o privado, não com a extinção deste, mas com o que se tem chamado de diálogo das fontes, a convivência harmônica e necessária entre os ramos do direito. Não só isso, o relacionamento entre a Constituição e Código Civil tem influência direta na eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.¹⁹

2 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Outro tema que leva ao reconhecimento da vinculação dos particulares a direitos fundamentais é a visão desses como um sistema de valores com validade em todo ordenamento jurídico.²⁰

Rompe-se a idéia de direitos fundamentais subjetivos, como direitos de defesa contra a ingerência do Poder Público²¹, e do poder de exigir ou aspirar a procedimentos.²² Há o reconhecimento de uma dupla dimensão, subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

Para ilustrar a importância do desenvolvimento dessa teoria da dupla dimensão, Wilson Steinmetz a aponta como “o ovo de Colombo da dogmática dos direitos fundamentais do segundo após-guerra.”²³

A dimensão objetiva²⁴ dos direitos fundamentais constitui, portanto, um conjunto de valores de efeitos irradiantes ao ordenamento jurídico e cumpre um papel orientador a todos os poderes do Estado e, ainda, como adverte Daniel Sarmiento²⁵, não só como uma preocupação do Estado, mas também de toda a sociedade.

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. “*Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil*”. p. 67. A autora ainda refere que “um novo capítulo – dos Direitos de Personalidade – se inscreve, decididamente, no Direito Civil, fazendo a ‘ponte entre o público e o privado’”. (p. 69).

²⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 77.

²¹ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 152.

²² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p. 119.

²³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 105.

²⁴ Em que pese o reconhecimento de uma grande divergência doutrinária a respeito da terminologia a ser empregada à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, aqui, não se investirá nesse debate. Entre outros termos utilizados, exemplificam-se alguns: ordem objetiva de valores, sistema de valores, perspectiva objetiva e eficácia vinculante. Steinmetz aponta para a desnecessidade de utilização dos conceitos de sistemas de valores, ou ordem objetiva de valores a partir do desenvolvimento da teoria dos princípios de Alexy. Diz-se agora “direitos fundamentais como princípios objetivos ou normas objetivas de princípio, ou ainda, no caráter objetivo dos direitos fundamentais como princípios. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 109.

²⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 06.

Referência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais mais destacada pela doutrina é o chamado caso *Lüth*, cuja decisão proferida pela Corte Constitucional alemã registrou que os direitos fundamentais não estão restritos à sua tradicional função de direitos subjetivos de defesa contra o poder estatal, mas também representam decisões de dimensão objetiva, com eficácia perante, não só a toda ordem jurídica, mas também irradiando efeitos positivos aos poderes públicos. A concepção do Tribunal Constitucional é de que, primeiramente, os direitos fundamentais são entendidos como subjetivos de liberdade do particular diante do Estado, para, passo seguinte, admiti-los como uma ordem de valores objetiva.²⁶

José Carlos Vieira de Andrade assevera que a posição jurídica subjetiva não expressa toda a importância que decorre da consagração dos direitos fundamentais, invocando a dimensão objetiva como a “mais-valia” jurídica, que se manifesta em sentido valorativo ou funcional, e também em sentido estrutural.²⁷

Essa é a função objetiva dos direitos fundamentais, como eficácia vinculante destes, que têm seu mais notório e controverso desdobramento na relação entre os particulares, ou seja, a geração de efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares²⁸.

A dimensão objetiva, assim, dota os direitos fundamentais de valor que ultrapassa a esfera individualista de respeito e não invasão na esfera da autonomia. Passa a um conjunto normativo de relevância para todos os desdobramentos que uma norma pode alcançar, gerando efeitos em todos os âmbitos de poder²⁹, irradiando efeito em toda a sociedade. É o conjunto de valores onipresente na ordem jurídico-social.

Assim, tem-se a noção da dimensão objetiva a partir do reconhecimento de que os direitos fundamentais densificam os valores mais importantes da sociedade. E, como representantes dessa valoração, os direitos fundamentais passam exigir atenção não só do Estado, mas de toda a sociedade.

Também cabe ao Estado uma postura diferente da tradicional abstenção de interferência na esfera privada participando na promoção dos direitos e dos meios para que aos particulares

²⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 107.

²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, p. 142.

²⁸ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 158.

²⁹ Importante salientar a obediência desse conjunto de valores não só pelo Executivo, mas também pelo Legislativo e Judiciário, que devem estar atentos aos ditames dos direitos fundamentais na realização de suas funções.

sejam assegurados os direitos fundamentais. Nessa função, a dimensão objetiva expande-se para as relações entre os particulares.³⁰

3 Principais teorias sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais

Não há dúvida de que a constitucionalização do direito, bem como a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, criaram um ambiente favorável à idéia de superação da idéia liberal de incidência dos direitos fundamentais exclusivamente nas relações entre particular e Estado, passando-se à aceitação dominante da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. O estudo dessa vinculação tem apoio não somente nos tópicos analisados, mas também com o anseio da eficácia³¹ da constituição e, portanto, de suas normas. Se, em tese, os direitos fundamentais passam a irradiar efeitos em todos os âmbitos do Estado, é na prática que se busca construir essa eficácia.

Mesmo sendo o objetivo dessa parte do estudo, a análise da vinculação dos particulares³² a direitos fundamentais, não se pode deixar de, ao menos citar, mesmo que de forma superficial, a tese negativa da vinculação aos direitos fundamentais entre os particulares. Na Alemanha, onde nasceu o debate da vinculação dos particulares a direitos fundamentais³³, existiu teoria – já sem evidências em razão de decisões do Tribunal Constitucional – que negava a vinculação sob a justificativa de destruição da autonomia privada, bem como do direito privado e, ainda, pela falta de expressa disposição constitucional, com previsão apenas de vinculação do Poder Público aos

³⁰ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 107

³¹ Aqui cabe apontar a terminologia utilizada a respeito das teorias da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Virgílio Afonso da Silva em que pese reconhecer a possibilidade de não haver grandes conseqüências na indistinção entre efeitos, aplicabilidade e eficácia, defende a necessidade de distinguir, adotando o conceito de efeito, Op. cit., p. 54-55. Ainda, tece crítica a Steinmetz quando este equipara eficácia à aplicabilidade (ao que parece Sarlet traça o mesmo paralelo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 268 e ss.). Nesse ensaio se utilizará os termos eficácia e aplicabilidade como sinônimos, adotando-os indistintamente, visto que comumente utilizados na doutrina e enfocam, de forma aceitável, o propósito do tema.

³² Também tratada na doutrina como eficácia horizontal, efeitos perante terceiros, eficácia privada, entre outras.

³³ Cf. PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 443. Vê a autora dificuldades em apontar com precisão a origem do debate, citando julgados da Suprema Corte americana, com estabelecimento da doutrina *state action*, embora, reconhecendo, que grande parte da doutrina refira a doutrina alemã como pioneira no estudo.

direitos fundamentais.³⁴ Ainda, as concepções doutrinárias têm em conta a temeridade que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares poderiam traduzir para a liberdade contratual e a segurança jurídica. No entanto, esses argumentos restam superados, pois pautados pelo descrédito e imperfeições.³⁵

É momento de se analisar como os direitos fundamentais vinculam também os particulares e em que medida se dá essa vinculação³⁶. Lembre-se que o estudo dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, que tem como marco a Alemanha, fora adotado e debatido em diversos países e se analisará as diferentes teorias, independentemente do contexto constitucional, como “questão jurídica autônoma”.³⁷ Se quer dizer com isso que às diversas teorias se seguirão entendimentos doutrinários com apoio do texto constitucional, como é o caso de Portugal, e outros que sequer mencionam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, caso brasileiro, razão que, por si, revela a dificuldade que o tema apresenta.³⁸ Importa, então, destacar alguns fundamentos para o reconhecimento de uma vinculação dos particulares a direitos fundamentais no caso brasileiro. Nesse sentido, Steinmetz elenca a supremacia da Constituição, o reconhecimento dos direitos fundamentais como princípios objetivos, os princípios expressos da solidariedade e dignidade da pessoa humana, somados ao preceito do § 1º, do artigo 5º da Constituição Federal que prescreve a aplicação imediata dos direitos fundamentais.³⁹

Toma-se como base as produções mais aprofundadas sobre a matéria, especialmente no âmbito nacional, não se olvidando, por óbvio, do necessário socorro às clássicas doutrinas sobre os direitos fundamentais e as relações entre particulares.

Antes, porém, adverte-se que não estão em pauta direitos fundamentais que sejam unidirecionados ao Estado, do contrário já estaria aqui encerrado o repasto acadêmico. De fato, cuida-se de direitos fundamentais que sejam direcionados aos particulares.⁴⁰

A controvérsia clássica põe em choque, num primeiro patamar, a aplicação das teorias imediata ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, também chamadas

³⁴ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 188.

³⁵ VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*, p. 117.

³⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 511.

³⁷ Expressão utilizada por STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 31.

³⁸ Cf. REIS, Jorge Renato dos. “A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas”, p. 1501.

³⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 100 e seguintes.

⁴⁰ Para exame da unidirecionalidade e bidirecionalidade dos direitos fundamentais cf. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 58-59.

de teoria direta ou indireta, respectivamente. Também bastante reconhecida, a teoria dos deveres de proteção não poderia deixar de ser analisada. Ainda, há outras teorias alternativas que serão objeto de atenção como a *state action doctrine*, a teoria de Schwabe, o modelo de Alexy e o de Canotilho.

3.1 Teoria mediata ou indireta

Para a teoria da aplicação indireta, a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares se dá por mediação legislativa própria do direito privado, e dos julgadores num segundo plano. Assim, tem o legislador a tarefa de concretizar os direitos fundamentais nas relações entre os particulares impondo, limites ao conteúdo, e condicionando o alcance e exercício das leis; à falta de norma concretizadora, são os juízes e tribunais que devem aplicar os direitos fundamentais por meio das cláusulas gerais próprias do direito privado. Essas cláusulas gerais permitiriam a entrada dos direitos fundamentais no direito privado.⁴¹ Assim, em caso de conflito, os direitos fundamentais, em efeito cascata, penetram nas cláusulas gerais do direito privado e desse filtro se teria a solução aplicável. Note-se que aplicação não se opera via direta constitucional, mas através da mediação legislativa ou judicial.

A doutrina atribui a Dürig o pioneirismo na defesa da tese da teoria mediata de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.⁴² Para Virgílio Afonso da Silva, a base dessa teoria está na convivência harmônica entre os direitos fundamentais e o direito privado, onde aqueles influenciam este por meio de material normativo próprio do direito privado, sem que seja dominado pelos direitos fundamentais. A porta de entrada para os direitos fundamentais interferirem no direito privado está nos sistema de valores objetivos dos direitos fundamentais agindo através das cláusulas gerais do direito privado.⁴³

⁴¹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 137-138.

⁴² Cf., entre outros, ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 511; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, p. 467; SARLET, Ingo. “Direitos fundamentais, ‘mínimo existencial’ e direito privado”, p. 123; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 197. SILVA, Virgílio Afonso da Silva. *A constitucionalização do direito*, p.75; STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 136.

⁴³ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 76.

Trata-se na verdade de uma interpretação dos direitos fundamentais conforme as cláusulas gerais do direito privado. São estas que filtram o ingresso dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, mantendo intocado o espírito privatístico.⁴⁴ Essa idéia se compatibiliza com uma das premissas da teoria indireta trazidas por Wilson Steinmetz: a de que a Lei Fundamental alemã é uma continuidade do constitucionalismo liberal, mesclado com novos princípios da democracia e do Estado Social.⁴⁵

Partindo da concepção dos direitos fundamentais somente como direitos subjetivos de defesa e proteção dos particulares em relação ao Estado, a teoria mediata repudia a aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações onde só há particulares, pois nesta confrontam-se titulares de direitos fundamentais, quando nas relações entre Estado e particular apenas este é protegido por direitos fundamentais. Com a adoção da teoria imediata haveria um engessamento das relações particulares que estariam privados das liberdades de escolha.⁴⁶

Outro pressuposto da teoria mediata é a preservação da autonomia do direito privado, já que também – como os direitos fundamentais - é protetor de bens e valores conferindo espaço de liberdade para as escolhas pessoais, que têm assento na autonomia privada. Assim, a interferência na autonomia privada acabaria por destruir a identidade do direito privado, que estaria absorvido pela Constituição, perdendo sua independência.⁴⁷

Portanto, a mediação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares se daria, como já visto, sob mediação legislativa, e pelo Poder Judiciário num segundo plano. Diante da linguagem vaga dos direitos fundamentais, bem como diante da necessidade de preservação da autonomia privada⁴⁸ e tendo o direito privado, por característica histórica, a regulação de situações detalhadas e claras, entendem os defensores da teoria indireta que é tarefa do legislador ordinário de direito privado “(...) concretizar o conteúdo jurídico dos direitos fundamentais, em especial, demarcar reciprocamente posições de privados afiançadas juridico-fundamentalmente”.⁴⁹ Essa concretização atenderia melhor o princípio da segurança jurídica, haja vista a clareza e especificidade que as regulamentações de direito privado trariam, conciliando os

⁴⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 254.

⁴⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 142.

⁴⁶ Ibidem, p. 140-141.

⁴⁷ Ibidem, p. 141-142.

⁴⁸ Ibidem, p. 144.

⁴⁹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 285.

direitos fundamentais.⁵⁰ De acordo com esse entendimento, se pode vislumbrar uma espécie de escala na qual figurariam no topo os direitos fundamentais e seus conceitos amplos, que estariam insertos no direito privado através da mediação legislativa determinada. Na ausência dessa regulamentação, as cláusulas gerais do direito privado é que serviriam de porta de entrada dos direitos fundamentais. Problema está quando não há previsão legislativa, nem cláusulas gerais aplicáveis ao conflito. Para Bilbao Ubillos essa visão escalonada, embora reconheça o importante papel desempenhado pela intervenção do legislador, prescinde de tal mediação legislativa. Assim, na ausência de norma ordinária de direito privado, a realização dos direitos fundamentais se dará pela interpretação e aplicação das cláusulas gerais, portanto, de forma indireta. Se falta a norma, os direitos fundamentais atuam diretamente nas relações entre os particulares,⁵¹ pois as omissões legislativas não podem ser controladas jurisdicionalmente, somente através de uma responsabilização política.⁵²

Como já visto, na ausência de uma concretização legislativa, há espaço para a mediação judicial, o que remete ao paradigmático caso Lüth como exemplo de aplicação da teoria indireta pelo judiciário. De fato, já restou transparente que a mediação judicial pressupõe a ausência de regulação legislativa específica, abrindo-se a porta para entrada dos direitos fundamentais por intermédio das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados do direito privado. No caso Lüth, o Tribunal Constitucional da Alemanha anulou decisões das instâncias inferiores que obrigaram Erich Lüth a indenizar por prejuízos que teria causado ao defender o boicote de um filme. A decisão de indenizar havia sido fundamentada no código civil alemão que obrigava a reparação nos caso de contrariedade aos bons costumes. O Tribunal Constitucional por sua vez rejeitou a obrigação com base na liberdade de manifestação do pensamento, não de forma direta, mas interpretando a cláusula geral de bons costumes à luz dos direitos fundamentais.

A análise da teoria mediata demonstra, por si, um espectro de detalhes e possibilidades a serem reconhecidos no caso concreto. Ainda, se percebe diferenciadas soluções para a ausência quer de norma legislativa, quer das cláusulas gerais do direito privado.

A partir disso, Steinmetz vê quatro diferentes matizações da teoria de eficácia indireta dos direitos fundamentais entre os particulares. Na primeira, radical, condiciona a aplicação dos

⁵⁰ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 144.

⁵¹ BILBAO UBILLOS, Juan María. “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, p. 310.

⁵² Idem, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 285. Sinala-se que na Constituição brasileira, há o mandado de injunção para omissões legislativas (art. 5º, inciso LXXI).

direitos fundamentais à mediação legislativa: se o legislador do direito privado não regulamentou o direito fundamental, este não vincula os particulares. Para a segunda matização cabe em primeiro lugar ao legislador promover a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares e, na ausência de regulação, tem o juiz a incumbência de aplicar os direitos fundamentais. Não possuindo o julgador meios necessários para - através das cláusulas gerais - dotar de eficácia os direitos fundamentais, estes não vinculam os particulares. A terceira matização, após a ausência de lei e impossibilidade do juiz, aceita, excepcionalmente, em caso de desigual relação de poder entre os particulares, a aplicação direta dos direitos fundamentais. A quarta difere da terceira em razão da aplicabilidade direta dos direitos fundamentais, excepcionalmente, mesmo que não exista relação de inferioridade de um particular frente ao outro.⁵³

3.1.1 Críticas à teoria mediata

Ao apontar algumas críticas à teoria da eficácia mediata, Wilson Steinmetz alerta para o perigo de uma inversão de valores, ou seja, o perigo de se condicionar a eficácia dos direitos fundamentais à concretização legislativa e à mediação judicial de interpretação à luz das cláusulas gerais do direito privado, pois o princípio da legalidade estaria em supremacia ao da constitucionalidade, resultando em consequência, a “civilização” dos direitos fundamentais.⁵⁴

Outra preocupação de Steinmetz se refere às carências do legislativo, sabidamente sua omissão, morosidade e déficit.⁵⁵ De fato, não é necessária maior dedicação investigativa para, ao menos no caso brasileiro, se perceber a mora do Poder Legislativo, preocupação estampada no mandado de injunção.⁵⁶ Diante de uma omissão do legislador não haveria solução para eventuais agressões provindas de outros particulares.⁵⁷

Nessa linha é a preocupação, por consequência, da privação de cláusulas gerais como porta de entrada dos direitos fundamentais no direito privado. Seriam necessárias tantas quantas

⁵³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 149-150.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 156.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 156.

⁵⁶ O inciso LXXI, do artigo 5º da nossa Constituição expressa: “Conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”

⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, p. 76.

suficientes para atender a todas as situações que mereceriam a eficácia dos direitos fundamentais entre os particulares.⁵⁸ Essas críticas podem ser diretamente dirigidas à primeira e segunda matizações propostas por Steinmetz, situações em que se negaria a vinculação dos particulares. Uma outra crítica que pode se somar a essas, pela correlação, é o argumento utilizado pela teoria mediata para afastar a aplicação da teoria imediata, diante da abstração dos direitos fundamentais. Se os direitos fundamentais, por vagos, não se podem aplicar diretamente, mesma crítica tem que ser direcionada às cláusulas gerais do direito privado, dotadas também de conceitos indeterminados.⁵⁹

Uma última crítica alcança a terceira matização da teoria indireta na proposta de Steinmetz, onde a preocupação é maior com *quem* lesionou e não *com* a própria lesão ao direito. No caso de lesão a direito fundamental entre iguais não seriam aplicados os direitos fundamentais ao caso? Assim, também deficitária a solução apontada pela matização.

3.2 Teoria imediata ou direta

Essa teoria foi inicialmente desenvolvida na Alemanha por Hans Carl Nipperdey e consiste, segundo Virgílio Afonso da Silva, na aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, assim como se dá na relação Estado-particular, sem qualquer necessidade de mediação.⁶⁰ Já Nipperdey, citado por Sarlet, reconhece que há uma diferença de estrutura entre a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre Estado-particulares e naquelas entre os particulares, já que nestas, ambos são titulares de direitos fundamentais. Por isso, a tese de aplicação direta dos direitos fundamentais entre os particulares não decorreria da expressa previsão, da Lei Fundamental da Alemanha, de vinculação dos Poder Público aos direitos fundamentais. Entendeu-se assim que a aplicação direta nas relações entre os particulares ocorreria diante da transformação sofrida pelos direitos fundamentais somada ao princípio da máxima efetividade desses direitos.⁶¹

⁵⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 85.

⁵⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 162.

⁶⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 86.

⁶¹ SARLET, Ingo. “*Direitos fundamentais e direito privado*”, p. 122.

A idéia de transformação dos direitos fundamentais se dá tendo em vista as ameaças de violação desses direitos, antes somente imputadas ao Estado, e que na contemporaneidade também são oriundas dos poderes sociais.⁶² A teoria imediata, sob a influência de Nipperdey, também foi recepcionada no Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha, onde decisões se basearam diretamente nos direitos fundamentais para solução de casos. Como exemplo se traz a decisão, sem apoio em normas infraconstitucionais, que invalidou cláusula que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras na hipótese dessas contraírem matrimônio. Ainda, o caso que decidiu sobre a igualdade de salários entre homens e mulheres, decisão do mesmo Tribunal em 1957.⁶³

As semelhanças com a teoria mediata se encerram no reconhecimento de uma dupla dimensão dos direitos fundamentais, sentidos subjetivo e objetivo. No entanto, a teoria da aplicação direta prescinde de mediação ou conformação dos direitos fundamentais através de cláusulas gerais do direito privado para terem eficácia⁶⁴. Os direitos fundamentais são dotados de normatividade suficiente para aplicação direta entre os particulares.

Tem-se então como premissa para o reconhecimento de uma aplicação direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares, a invocação dessas normas por particular em relação a outro, independentemente de possível desigualdade fática; é também uma posição jurídica concedida ao particular de opor um direito fundamental contra todos, de pretender respeito. Ainda, como direitos subjetivos, salvo disposição constitucional em contrário, independem os direitos fundamentais de normas de concretização para produzirem eficácia.⁶⁵

Funcionam como regras de hermenêutica prontas para incidirem nas relações entre os particulares. A existência de norma ou princípio não obsta a aplicação direta dos direitos fundamentais.⁶⁶

Segundo Wilson Steinmetz - a exemplo da teoria mediata - a teoria imediata também possui variações, que denomina de matizações. Em uma matização forte, os direitos fundamentais desconhecem limites de aplicação e são eficazes entre os particulares de forma absoluta. Em outra, fraca, os direitos fundamentais são eficazes diretamente, sobretudo, nas relações em que

⁶² Ibidem, p.122.

⁶³ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 91.

⁶⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 167.

⁶⁵ Ibidem, p. 168-169.

⁶⁶ BILBAO UBILLOS, Juan María. “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, p. 317.

um particular se encontra em posição de inferioridade frente ao outro. Já na versão intermediária, a aplicação direta dos direitos fundamentais se dá com reservas e soluções diferenciadas. Se é um problema de colisão de direitos fundamentais, a solução se dá pelo princípio da proporcionalidade (ponderação de bens).⁶⁷

A teoria imediata, embora de origem alemã, não alcançou maior reconhecimento naquele país, contudo é majoritária na Espanha, Portugal e Itália.⁶⁸

3.2.1 Críticas à teoria imediata

A versão absoluta de aplicação dos direitos fundamentais é criticada, pois desconsidera que é um problema de colisão, não diferenciando cada caso, nos quais há diferentes bens e direitos em conflito. A matização fraca tem aparência dúbia, ora aparecendo como versão autônoma, como exceção à teoria mediata ou ainda uma variável da versão intermediária de aplicação direta.⁶⁹ Outras críticas são tecidas, de um modo geral, à teoria imediata. Uma é a falta de amparo constitucional, pois na maioria das Constituições não há previsão expressa sequer da vinculação dos particulares a direitos fundamentais. Outra crítica é feita pelos defensores da teoria mediata, pois a teoria imediata equipara as relações entre particular-particular e aquelas entre Estado-particular, ignorando que naquelas, ao contrario destas, ambos são titulares de direitos fundamentais.⁷⁰ Hesse entende que a vinculação não pode ser com nas relações entre particulares-Estado, pois haveria relevantes restrições da autonomia privada.⁷¹

Outrossim, Jorge Novais⁷² critica a teoria direta pela confusão dos conceitos de direitos fundamentais e liberdade individual, anotando que há de serem distintos, pois o que se pretende é garantir a liberdade e autonomia privada através dos direitos fundamentais.⁷³ Novais ainda questiona o método da teoria direta que equipara a defesa da liberdade nas relações entre os

⁶⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 169.

⁶⁸ Cf. REIS, Jorge Renato dos. Op. cit., p. 1505. Para um exame mais acurado da alguns pensamentos doutrinários nesses países, remete-se a SARMENTO, Daniel. Op.cit., p. 206-216.

⁶⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 170.

⁷⁰ Ibidem, p. 171-172. No mesmo sentido: NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 89.

⁷¹ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, p. 284. No mesmo sentido: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*, p. 54.

⁷² Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Op.cit., p. 69-116, na qual se alonga na crítica à teoria imediata.

⁷³ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 81-82.

particulares, tal como nas relações entre particular-Estado. Isso, pois a teoria direta “confunde a liberdade e autonomia individual com direitos fundamentais”.⁷⁴

3.3 Teoria dos deveres de proteção

Apontada como uma variação da teoria mediata surgiu na Alemanha, a exemplo das teorias mediata e imediata, a teoria dos deveres de proteção que tem em Claus-Wilhelm Canaris um de seus mais destacados defensores. A base dessa teoria está no dever do Estado não só de se abster de interferir nos direitos fundamentais, mas também de proteger os particulares contra agressões desses direitos, inclusive no caso da agressão se originar de outro particular.⁷⁵ Assim, além do âmbito negativo à atuação do Estado, os deveres de proteção passam a reclamar uma atuação positiva do Poder Público, interferindo preventiva ou até repressivamente.⁷⁶ Essa função dupla do Estado foi batizada por Canaris como proibição de intervenção e imperativos de tutela, sendo dever do Estado proteger um particular de outro particular.⁷⁷ Teria o Estado o dever de elaborar leis protegendo os direitos fundamentais, bem como efetivá-los ou repará-los na via judicial⁷⁸. Os defensores dessa teoria a entendem vantajosa na medida em que permite soluções diferenciadas de influência dos direitos fundamentais no direito privado, pois assegura uma competência normativa aos particulares, intervindo o Estado em situações extremas.⁷⁹

O dever de proteção não está restrito aos preceitos constitucionais expressos, ademais, corresponde a um dever geral que decorre do princípio do Estado de Direito, dando ao Estado a legitimidade de prevenir, proibir e remediar as agressões de direitos fundamentais por particulares.⁸⁰

⁷⁴ Ibidem, p. 89.

⁷⁵ REIS, Jorge Renato dos. Op. cit., p. 1508.

⁷⁶ SARLET, Ingo. “Direitos fundamentais e direito privado”, p. 127.

⁷⁷ CANARIS, Claus-Wilhelm. “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, p. 237.

⁷⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Op. cit., p. 469.

⁷⁹ Ibidem, p. 469.

⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 256.

Para Novais, a partir da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, ao dever de proteção do Estado cabe primariamente a atuação do legislador, somada à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na interpretação e aplicação dos direitos fundamentais via cláusulas gerais do direito privado. Na falta de lei ou cláusula geral, ou mesmo contra a lei, o julgador tem o dever de proteção dos direitos fundamentais entre os particulares aplicando, extraordinariamente, as normas fundamentais diretamente.⁸¹ Tendo o Estado o dever de proteção, na hipótese de solução de conflitos, a tarefa é entregue ao Poder Judiciário. Necessariamente haverá uma interferência do Estado.⁸² Além do preenchimento das cláusulas gerais por intermédio dos direitos fundamentais, os poderes do Estado têm a obrigação de vigilância para coibirem lesões de direitos fundamentais por particulares.

Segundo Steinmetz, o reconhecimento da teoria imediata não afasta o reconhecimento de que o Estado tem o dever de proteção dos direitos fundamentais. Ainda, propõe uma inversão da visão de Canaris sobre a teoria – que só admite excepcionalmente a teoria direta. Assim, para Steinmetz os direitos de liberdade, entendidos como os de primeira geração, estariam mais afeitos à teoria imediata; já os direitos coletivos e difusos, compreendidos como os de 3ª geração, se amoldam aos fundamentos da teoria dos imperativos de tutela.⁸³ Também se justifica essa teoria na proteção dos particulares através de normais penais: em razão do princípio da legalidade penal, o Estado-juiz não está autorizado a criar tipos penais. Assim, neste ramo do direito a proteção só pode ocorrer mediante atuação do legislador.⁸⁴

Para Daniel Sarmento a teoria dos deveres de proteção ao vincular somente o Estado aos direitos fundamentais incorre em contradição, já que, se o Estado tem o dever de impedir lesão a direito fundamental, tem de aceitar que ao agressor não é lícito ferir o direito, pois este (agressor/particular) também estaria vinculado ao respeito do direito fundamental.⁸⁵

⁸¹ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 74-75. Note-se que essa visão se aproxima sobremaneira à quarta matização da teoria indireta apresentada por Steinmetz. (ver item 2.2)

⁸² Nesse sentido: DIMOULIS, Dimitre; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 114. Registre-se que os autores adotam a teoria mediata.

⁸³ STEINMETZ, Wilson. “*Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela*”, p. 211. Em nota, Steinmetz partindo de uma possível incidência dos direitos fundamentais sociais entre os particulares, o que não admite, entende a teoria mediata como a adequada.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 153.

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 220.

4 Teorias alternativas

Destacadas as principais teorias de aplicação dos direitos fundamentais a particulares, há ainda outras que mesclam as já analisadas, ou delas decorrem, e por apresentarem algumas características específicas merecem, ao menos, um rápido destaque.

4.1 Teoria extremada de Schwabe

Também chamada de teoria da convergência estadista⁸⁶, a formulação de Jürgen Schwabe corresponde a uma alternativa às teorias dos deveres de proteção, aplicação direta e indireta,⁸⁷ e consiste numa extremada construção da teoria dos deveres de proteção. Fundamenta-se a formulação de Schwabe na idéia de que toda lesão a direito fundamental de um particular pode ser imputada ao Estado, pois este ou permitiu o ato, através de uma lei, ou não proibiu, pela ausência de legislação.⁸⁸ Essa fundamentação, Alexy adjetiva como de uma fascinante simplicidade, haja vista que se o Estado não proíbe as lesões a direitos fundamentais por particulares, ele as permite.⁸⁹ Alexy citando a concepção de Schwabe, diz ser supérflua a proposta sobre os deveres de proteção, pois o que se pretende com isso seria facilitado em se considerando os direitos fundamentais como de defesa.⁹⁰ Como direitos de defesa contra intervenções do Estado, mesmo lesões provindas de particular, a questão se transfere para o âmbito das relações entre Estado-particular, nas quais há vinculação direta do Poder Público, dispensando também as fundamentações tecidas pelas teorias direta e indireta.⁹¹ Virgílio Afonso da Silva entende que para Schwabe o particular está “liberado” da vinculação aos direitos fundamentais, visto que os efeitos de seus atos são atribuídos ao Estado.⁹²

⁸⁶ Cf. SARLET, Ingo. “*Direitos fundamentais e direito privado*”, p. 133.

⁸⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 175.

⁸⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 258.

⁸⁹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 442.

⁹⁰ Ibidem, p. 442.

⁹¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. “*Direitos fundamentais e direito privado*”, p. 133.

⁹² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 104.

A doutrina não poupa críticas à teoria de Schwabe. Andrade não vê como apoiar tal tese numa ordem jurídica fundada no princípio da liberdade, onde os particulares são responsáveis por seus atos, e a falta de intervenção do Estado não dá permissão para ofensa a direitos fundamentais de outrem.⁹³

Alexy não crê que seja o sentido da imputação ao Estado a mera ausência de proibição, pois fosse assim poderia ser imputada ao Poder Público qualquer ação humana que não esteja proibida, como exemplo, um convite para jantar.⁹⁴ De fato não parece correto a idéia de “liberar” o particular da vinculação a direitos fundamentais, pois um particular em conduta não proibida, que lesa direito de outro, estaria imune a qualquer responsabilidade, já que a imputação dessa conduta incidiria sobre o Estado.⁹⁵ Outra crítica é a provável inflação legislativa, tendo em vista que a teoria parte do princípio que é de responsabilidade do legislador a proibição de condutas. Assim, quantas tantas leis seriam necessárias para que os direitos fundamentais fossem observados entre os particulares?⁹⁶ Em suma, o artifício de imputar ao Estado as condutas não proibidas aos particulares, não pode significar que aquele tenha participado da ação, ou que seja responsabilizado pelos atos destes.⁹⁷

4.2 Doutrina da *state action*

A doutrina da *state action*⁹⁸, embora se auto denomine como tese de negação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, na verdade não o é.⁹⁹ O que há é uma interpretação extensiva do conceito de Poder Público que avança, atingindo bom número de atividades, aparentemente, privadas. Bilbao Ubillos¹⁰⁰ limita a questão em dois aspectos: a

⁹³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 258.

⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 443.

⁹⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 177.

⁹⁶ Ibidem, p. 177.

⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 106.

⁹⁸ Para uma visão aprofundada da teoria *state action*, remetemos ao estudo de BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*. Ainda, chama-se a atenção para o aparente entendimento de Daniel Sarmento da *state action doctrine* como uma negação da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, Op. cit., p. 187 e seguintes, no que é criticado por Virgílio Afonso da Silva. Op. cit., p. 99.

⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. Op. cit., p. 72.

¹⁰⁰ BILBAO UBILLOS, Juan María. “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, p. 318.

primeira hipótese é saber se a atividade desenvolvida pelo ente privado corresponde, analogicamente, a uma função de Estado; a segunda é saber se o Estado está de forma suficiente envolvido nesta atividade particular. A fórmula da *state action doctrine* na verdade não enfrenta o problema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, mas se constitui um expediente de solução, permitindo aos juízes encobrir o problema¹⁰¹ sem, no entanto, decidir a questão como uma vinculação dos direitos fundamentais nas relações particulares. Assim, a doutrina norte-americana mantém firme a concepção clássica liberal da incidência dos direitos fundamentais somente nas relações entre o Estado e os particulares.¹⁰²

Embora utilize o artifício de equiparar a ação particular a uma ação estatal, sempre que essa equiparação ocorrer se estará diante de uma vinculação dos particulares a direitos fundamentais.¹⁰³ Mesmo com a insistência da doutrina norte-americana em vincular os direitos fundamentais somente ao Poder Público¹⁰⁴ é na jurisprudência que se reconhece, ainda que camuflada de ação do Estado, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, equiparando as ações dos particulares às do Estado.¹⁰⁵

Para exemplificar essa camuflagem do ato particular em ação do Estado, cita-se o caso *Marsh v. Alabama*, onde a Suprema Corte decidiu inválida a proibição à pregação por parte de Testemunhas de Jeová no interior de propriedade de uma empresa privada, onde havia residências, ruas e comércio. A decisão considerou que ao manter uma “cidade privada” a empresa se equiparava ao Estado devendo, portanto, respeitar a liberdade de culto.¹⁰⁶

Ao tempo que a *state action doctrine* tenha reconhecimento doutrinário, há corrente que pretende uma superação dessa doutrina para outra que estabeleça a ponderação dos direitos em conflito. Segundo Bilbao Ubillos essa doutrina tem como destaque Chemerinski, que critica a visão liberal de direitos fundamentais contra o Estado: antes se pensava que a *common law* protegia satisfatoriamente os direitos e liberdades de um particular das lesões causadas por outro

¹⁰¹ BILBAO UBILLOS, Juan María. “¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales?”, p. 320.

¹⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. Op. cit., p. 99.

¹⁰³ Ibidem, p. 100.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 102.

¹⁰⁵ VALE, André Rufino do. Op. cit., p. 120.

¹⁰⁶ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 191. Nas páginas que seguem o autor apresenta diversas decisões nesse sentido.

particular; no entanto, hoje, há outros direitos individuais que não recebem essa proteção na *common law*.¹⁰⁷

Critica-se a doutrina da *state action*, por não estabelecer critérios para a equiparação de uma ação particular a uma estatal, pois isso só ocorre quando já há intenção de coibir uma violação a direito fundamental. Desta forma, o critério passa ser a finalidade. Se o objetivo for reprimir uma lesão a direitos fundamentais, utiliza-se o artifício da equiparação.¹⁰⁸

Por fim, há de se ressaltar o marco histórico em que se ergueram os pilares dessa teoria, sob o espelho da Constituição americana de cunho estritamente liberal, não servindo de paradigma em contextos, como no caso brasileiro, marcados por constituições de cunho democrático e social.¹⁰⁹

4.3 Modelo de três níveis de Alexy

O modelo de Alexy tem como sustentação a anterior análise das teorias mediata, imediata e a teoria de Schwabe de imputação ao Estado. Nesse sentido, embora veja que tais teorias obtenham resultados aceitáveis, e cada uma desperte corretamente alguns aspectos, observa que o debate no qual se quer estabelecer uma das três construções como correta, é falso. Isso porque, entende que somente um modelo abrangente pode ofertar uma solução completa e adequada.¹¹⁰

A proposta de Alexy se divide em três níveis assim compreendidos: o nível de deveres do Estado, o dos direitos frente ao Estado e o nível das relações entre os particulares. Entre eles há uma reciprocidade de implicações, não se estabelecendo níveis de hierarquia.¹¹¹

No primeiro nível – dos deveres do Estado – está situada a teoria mediata na qual, a partir dos direitos fundamentais como ordem objetiva de valores, o Estado deve admiti-los tanto nas leis, quanto nas decisões civis.

¹⁰⁷ BILBAO UBILLOS. Juan Maria. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado*, p. 182-184.

¹⁰⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 106.

¹⁰⁹ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 181.

¹¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 515.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 516.

Num segundo nível estão os direitos frente ao Estado (teoria de Schwabe), a qual tem em conta o direito fundamental do particular de que o Poder Judiciário, quando em litígio com outro particular, leve em consideração, ao decidir, os princípios fundamentais que apóiam a pretensão deduzida. Se o Poder Judiciário decidir desconsiderando o direito fundamental invocado, este será lesado.¹¹²

Já no terceiro nível se encontra a teoria imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, anotando que se deve afastar a visão dos direitos fundamentais entre os particulares da concepção dos direitos fundamentais tal como nas relações entre Estado e particular. Isso se deve ao fato de que nas relações entre particulares ambos são titulares de direitos fundamentais, reclamando uma incidência diferenciada do modelo Estado-particular.¹¹³ Complementa Alexy dizendo que por motivos jusfundamentais nas relações entre particulares, há certos direitos e não-direitos, liberdades e não-liberdades, concluindo com essa visão uma eficácia imediata, também da teoria mediata e da teoria de mediação do Estado.¹¹⁴ Desta forma as três teorias atingem a conclusão de que todas resultam em uma eficácia imediata.¹¹⁵

Concluindo, no modelo de Alexy cada um dos três níveis se refere a um aspecto da mesma coisa, não havendo primazia de um sobre o outro, sendo uma questão de funcionalidade a escolha de qual modelo se aplica ao caso, mas que a eficácia será sempre imediata.¹¹⁶

4.4 O modelo de agrupamento de Canotilho

No intuito de “arrumar” as diferentes concepções da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, Canotilho apresenta proposta dividida em grupos.

No primeiro, baseado na previsão expressa da Constituição portuguesa da vinculação dos particulares, estabelece a eficácia imediata, que pode ser invocada pelas partes na relação.

O segundo grupo pressupõe a mediação do legislador, estabelecendo que certo caso deveria estar investido no âmbito da vinculação dos entes públicos, sendo que o legislador

¹¹² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 182.

¹¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 520-521.

¹¹⁴ Ibidem, p. 521.

¹¹⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 182.

¹¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 522.

privado também está vinculado e deve, na sua função concretizadora, observar as normas de direitos fundamentais. Observe-se que a vinculação do legislador é imediata, devendo ainda se dar relevância ao princípio da igualdade.¹¹⁷

O terceiro grupo corresponde à eficácia imediata e mediação do juiz, e se preocupa com a busca de uma solução justa para os conflitos entre direitos fundamentais, devendo os julgadores: aplicar o direito privado através da interpretação conforme a Constituição; sendo esta insuficiente, recorrer às normas de direitos fundamentais; a interpretação deve levar em conta as cláusulas gerais de direito privado, conjugadas com as que consagram bens jurídicos como a vida e a liberdade.¹¹⁸

Canotilho reserva o quarto grupo aos poderes privados nas relações entre particulares. Ocorre que a lesão a direitos fundamentais pode advir não somente do Estado, mas também dos poderes sociais ou privados. Em que pese a semelhança do poder exercido, *os privados* não podem ser equiparados ao Poder Público; no entanto, os cidadãos têm a proteção dos direitos fundamentais também contra os poderes privados. A proteção objetiva deve atentar para a desigualdade fática dos particulares envolvidos, em consequência as leis e os tribunais devem estar compromissados na proteção dos direitos fundamentais.¹¹⁹

O último grupo aborda o “núcleo irredutível da autonomia pessoal”, pois existem determinados casos em que os direitos fundamentais não podem pretender uma conformação das relações entre particulares, já que isso corresponderia a um “confisco substancial da autonomia privada”.¹²⁰ Nesse contexto, pode-se dizer que não tem a teoria imediata, como consequência, vedar aos particulares do que também é vedado ao Estado. Assim, a eficácia direta reclama uma interpretação conforme a Constituição e, via de consequência, uma conformação com os direitos fundamentais, não significando uma absolutização da eficácia irradiante, mas o encontro de solução diferenciadas que não podem se afastar do valor dos direitos fundamentais para a harmonização imediata do direito privado. Essa busca por soluções diferenciadas não significa que se esteja abrindo espaço a diferenciações discriminatórias, ou seja, não se está a acobertar uma dupla ética social, exemplificada no caso de considerar uma violação da integridade a exigência de teste de gravidez às mulheres que buscam emprego na função pública e, ao mesmo

¹¹⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1272-1273.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 1274.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 1275.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 1275.

tempo, esses testes sejam tolerados quando a procura do emprego se dá em empresas privadas, em nome da autonomia contratual.¹²¹

Registre-se por fim que Canotilho preocupado com as tendências do mundo pós-moderno, sustentou que a ingerência dos direitos fundamentais no direito privado pode trazer prejuízos tanto aos direitos fundamentais, como à ordem jurídico-privada. Ciente que o direito privado não está distanciado da Constituição, tampouco dos direitos fundamentais, certo que estes devem conceder um espaço de liberdade e autonomia ao direito privado, de modo que à busca da igualdade nas relações entre particulares fundada nas normas constitucionais, Canotilho propõe uma “suspensão reflexiva sobre o tema”.¹²²

5 A doutrina brasileira

Em que pese o debate acerca do modo de vinculação dos particulares a direitos fundamentais entre os particulares ter mais de meio século de existência, no Brasil o tema apenas recentemente ganhou obras de maior fôlego na literatura especializada, destacando-se Wilson Steinmetz, Daniel Sarmento, Ingo Sarlet, André Rufino do Vale e Virgílio Afonso da Silva.

Daniel Sarmento, ao que parece, filia-se à tese direta, no entanto vê sólidos argumentos para repudiar a vinculação dos particulares como ocorre entre Estado-particular, sendo inconcebível atualmente, a restrição da autonomia individual e de liberdade dos cidadãos. Sarmento ainda salienta que, em maior ou menor grau, o debate sofre a ingerência dos pensamentos ideológicos, o que direciona a uma ou outra teoria¹²³. Já Ingo Sarlet, aponta para uma teoria da eficácia imediata ao fazer o contraponto do pensamento alemão majoritário da tese indireta, aduzindo que “inclinamo-nos hoje - pelo menos à luz do direito constitucional positivo brasileiro – em prol de uma necessária vinculação direta (imediata) também dos particulares aos direitos fundamentais”.¹²⁴ Wilson Steinmetz adota a versão intermediária da eficácia direta, de necessária conciliação das teorias, em favor de soluções diferenciadas, já que entende os direitos

¹²¹ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 1276.

¹²² Idem, “*Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*”, p. 113.

¹²³ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 233.

¹²⁴ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 370.

fundamentais nas relações entre particulares como problemas de colisão, não afastando a identidade da autonomia privada, bem constitucionalmente protegido, tencionando-se a cada caso os bens e direitos em confronto, ensejando a ponderação.¹²⁵ Virgílio Afonso da Silva aponta um modelo diferenciado, baseado no modelo de Alexy, conjugando os direitos fundamentais (como princípios) e o direito à proteção com a mediação legislativa. Ainda, há outras situações nas quais só a aplicação direta pode resolver os casos.¹²⁶ André Rufino do Vale entende co-existirem níveis de eficácia, tendo em primeiro lugar o legislador a tarefa de densificar os direitos fundamentais para aplicação aos particulares (obrigação do Estado-legislador), num segundo nível a observância das cláusulas gerais do direito privado e aplicação pelo juiz, e por fim a aplicação direta dos direitos fundamentais.¹²⁷ Ainda, mencionam-se os posicionamentos de Dimitre Dimoulis e Leonardo Martins que, em obra conjunta, adotam a teoria indireta¹²⁸ e Jane Pereira que refutando críticas à teoria direta, aponta para a solução por meio da ponderação, sopesando-se os direitos em conflitos para justificar a restrição à autonomia privada.¹²⁹

6 O STF e a vinculação dos particulares a direitos fundamentais

Se, como visto, o tema da vinculação dos particulares a direitos fundamentais ainda carece de uma maior atenção da doutrina constitucional pátria, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, não há maior preocupação acadêmica sobre a matéria, embora se evidencie uma aceitação da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Em algumas decisões esparsas pode se vislumbrar uma investida no tema. Em recente seminário sobre direitos fundamentais¹³⁰ o palestrante, Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes, apontou alguns casos nos quais o tema teve algum destaque, que agora são submetidos à sintética análise. Dado a função que exerce,

¹²⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 170.

¹²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Op. cit.*, p. 146-148.

¹²⁷ VALE, André Rufino do. *Op. cit.*, p. 123.

¹²⁸ DIMOULIS, Dimitre; MARTINS, Leonardo. *Op. cit.*, p. 114.

¹²⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Op. cit.*, p. 492.

¹³⁰ Refere-se aqui ao VI Seminário Internacional de Direitos Fundamentais, sob o tema: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado; realizado entre os dias 26 e 28 de setembro de 2007, na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

bem como a sua produção doutrinária, a Mendes é conferida indiscutível autoridade na indicação¹³¹.

O recurso extraordinário (RE) 161.243¹³² debateu sobre o tratamento diferenciado que a companhia aérea Air France submetia seus funcionários de acordo com a nacionalidade, francesa ou não. Diante desse fato, um empregado brasileiro sustentava que o privilégio dado aos funcionários franceses feria o princípio da isonomia. Ao decidir o caso, o STF sustentou que a não aplicação ao funcionário brasileiro do estatuto da empresa que concede privilégios aos funcionários franceses, sob o argumento da nacionalidade, não justifica o tratamento diferenciado, haja vista que os funcionários franceses não exercem qualquer função diferenciada em relação aos brasileiros, que pudesse abarcar a desigualdade. Ademais, atuando a empresa no Brasil, está sujeita às normas aqui vigentes, bem como o respeito aos princípios constitucionais.

Outra decisão destacada pelo Ministro Gilmar Mendes, que entende como o *leade case* dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, foi o recurso extraordinário 201.819¹³³ (decidido em 11 de outubro de 2005). A questão se refere à exclusão de um sócio da União Brasileira de compositores, sem a garantia da ampla defesa e do contraditório. Em razão do elucidativo entendimento, se reproduz trecho da ementa:

[...]. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais.[...]

¹³¹ Não por acaso, são casos de referência na doutrina. Cf. PEREIRA, Jane Gonçalves, Op. cit., p. 484-485; SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 250-251.

¹³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.stf.jus.br.

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.stf.jus.br.

Ao proferir o seu voto, o Ministro Gilmar Mendes vislumbra a necessidade de focar o caso sob a perspectiva dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares, e o faz percorrendo todo o debate doutrinário que cerca o tema, apontando origens e os argumentos defendidos por cada teoria. Não obstante, destaca a produção nacional sobre o tema, bem com cita algumas decisões em que a eficácia dos direitos fundamentais mereceu atenção.

Sinale-se que a decisão foi no sentido de reconhecer, por maioria de votos, a necessidade do princípio do contraditório e da ampla defesa na exclusão de um associado, independentemente das disposições estatutárias, que devem se conformar com os direitos fundamentais.

Direitos fundamentais sociais e relações entre particulares

1 Os direitos fundamentais sociais

Este capítulo é dedicado ao objetivo central desse estudo: a análise da possibilidade, ou não, de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais. Antes, porém, se faz necessária uma visita a algumas características dos direitos fundamentais sociais, que fazem esses direitos tão controversos na doutrina, por isso tão sugestivo ao debate e à pesquisa.

Convém repisar que os direitos fundamentais sociais, para os objetivos específicos dessa pesquisa, são encarados como aqueles direitos a prestações em sentido estrito na difundida teoria de Alexy, e que correspondem ao artigo 6º da Constituição Federal brasileira, como será visto adiante.

Salienta-se que a abordagem dos dois próximos tópicos que se seguem, não tem a pretensão de esgotar o problema, mas apenas introduzir o debate sobre a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais e as funções que podem exercer, servindo de embasamento ao exame da proposta.

1.1 Normas programáticas ou normas justiciáveis?

É atribuída à Constituição mexicana de 1917 o marco histórico da elevação dos direitos sociais¹³⁴ ao nível de direitos fundamentais.¹³⁵ No entanto, é a Constituição alemã de 1919, também conhecida com a Constituição de Weimar, que ampliou a gama de direitos sociais no

¹³⁴ Cumpre esclarecer que em certos momentos desse tópico serão utilizadas alternativamente as expressões “direitos sociais” e “direitos fundamentais sociais” em referência aos mesmos direitos. Isso porque, exprimem entendimentos divergentes na doutrina. Assim, quem reconhece a fundamentalidade dos direitos sociais, inclina-se pela sua justiciabilidade, em sentido contrário, são chamados direitos sociais. Desta forma, seria incongruente empregar a expressão “direitos fundamentais sociais” quando em referência ao pensamento de algum autor que entende os direitos sociais como meros programas, sem justiciabilidade. O contrário também.

¹³⁵ Cf. COMPARATO, Fabio Konder. Op. cit., p. 184. Cumpre sinalar que a Constituição do México de 1917 tratou essencialmente de direitos trabalhistas.

capítulo dos direitos fundamentais, contemplando direitos à saúde da família, amparo à maternidade, proteção à juventude e à educação, na acepção de prestações estatais.¹³⁶

No Brasil - sob a inspiração da Constituição de Weimar - é da Constituição de 1934 o pioneirismo da consagração dos direitos sociais inseridos no capítulo da ordem econômica e social.¹³⁷

Somente com a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, e os devidos desdobramentos do ano de 1966 (Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais), é que grande parte das nações acaba dispensando a merecida atenção aos direitos fundamentais, especialmente os sociais. Sem dúvida, foi esse Pacto, o marco de conscientização dos povos para a importância de respeito aos direitos fundamentais, inclusive os sociais¹³⁸, que teve como consequência a positivação em textos constitucionais.

Inseridos os direitos fundamentais no contexto constitucional, surge o debate quanto à natureza das normas de cunho social: aptas a produzirem efeitos e podendo ser reivindicados judicialmente, ou meros programas, notas de intenções do constituinte a guiarem as ações estatais?

O tema suscita um leque de entendimentos, face à maior ou menor atenção dada aos direitos sociais em determinada ordem constitucional, ao modelo político de Estado e a questão da adoção expressa, ou não, de direitos sociais. Não se olvidando que presença forte na tomada de posições é a conotação ideológica que se dá a tais direitos.¹³⁹ Não resta dúvida de que os direitos fundamentais sociais apresentam características especiais, inclusive entre si¹⁴⁰. Já se disse que a contemplação dos direitos sociais está correlacionada com a fruição dos direitos fundamentais liberais clássicos.¹⁴¹

Por outro lado, enquanto os direitos fundamentais típicos de liberdade exigem uma abstenção, um não fazer por parte dos destinatários, os direitos sociais pressupõem uma atuação positiva dos Poderes Públicos, de onde vem a questão da disponibilidade de recursos, bem como das opções orçamentárias. Integram-se a essas questões o direito ao mínimo existencial e a

¹³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Op. cit., p. 201-203.

¹³⁷ Cf. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 200. Destaca o autor uma “tímida previsão de direitos a prestações sociais na Constituição de 1824”.

¹³⁸ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, p. 53.

¹³⁹ Nesse sentido, AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, p. 62.

¹⁴⁰ Cf. SARLET, Ingo. “*Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*”, p. 148.

¹⁴¹ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. “*A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial*”, p. 11-12. No mesmo sentido, SARLET, Ingo. “*Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*”, p. 146.

reserva do possível. Disso, o debate acerca da alocação de recursos – competência precípua do Poder Legislativo. Estaria o Poder Judiciário apto a analisar e dar destinação aos recursos públicos? Ao conceder um certo direito social, mesmo sem interferência direta no orçamento, estaria o Poder Judiciário retirando recursos que poderiam estar já destinados a outras áreas?

Outros temas reflexos afloram quando se está na seara dos direitos sociais e sua efetividade. Entre outros, a suficiente densidade normativa, apta, ou não, a ser judicialmente exigível; a escassez de recursos e universalidade dos titulares; separação dos poderes; opções através de políticas públicas. No intuito de, ao menos, uma rápida exploração de tais argumentos passa-se à análise de algumas lições da doutrina.

Na doutrina portuguesa, Jorge Miranda, ao discorrer sobre as normas de direito econômico, social e cultura, entende-as, quase na totalidade, normas de cunho programático à espera de concretização pelos Poderes Públicos, que omissos incorreriam em inconstitucionalidade por omissão, devendo, ainda, serem observados os preceitos constitucionais na sua concretização (sob pena de inconstitucionalidade por ação) e a não-extinção dos direitos criados, o que denota uma certa aplicabilidade direta.¹⁴²

No mesmo contexto – da Constituição de Portugal de 1976 - José Carlos Vieira de Andrade, embora reconhecendo os direitos sociais como normas que indicam direções para o legislador, ou ainda, que impõem a atuação do legislador, não entende que tais direitos correspondam a meras normas programáticas, justificando que sua força jurídica reside na vinculação dos poderes públicos às suas prescrições e ao dever de elaboração legislativa.¹⁴³

Adiante no texto, Andrade ressalta que a Constituição fornece elementos para que sejam fixados “*conteúdos mínimos*” que poderão, caso individualizados, criarem “posições jurídicas subjetivas referíveis ao plano constitucional”.¹⁴⁴ Porém, para que se tornem direitos subjetivos certos, imprescindível uma atuação do legislador concretizando as políticas prioritárias.¹⁴⁵ As decisões do Tribunal Constitucional português têm sido no sentido de que à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais é imprescindível a intermediação do legislador.¹⁴⁶

¹⁴² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, p. 341 e 351.

¹⁴³ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Op. cit.*, p. 387. Nas palavras do autor: “O legislador não pode decidir se actua ou não: é-lhe proibido o <<non facere>>”.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 387-388.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p.388. O autor: “Os preceitos constitucionais respectivos não são, por isso, directamente aplicáveis sem intervenção legislativa, muito menos constituem preceitos exequíveis por si mesmos.”

¹⁴⁶ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*, p. 87 e 89.

No entanto, em casos excepcionais e com objetivo de garantir um conteúdo mínimo dos preceitos constitucionais, podem ser retirados da Constituição diretamente, já que “o conteúdo mínimo dos direitos sociais fundamentais pode considerar-se, em regra, constitucionalmente determinados, em termos de ser judicialmente exigível”.¹⁴⁷

Ainda no contexto português, ao analisar a questão das justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, Cristina Queiroz afirma que a precedência da concretização é do legislador, sendo controladas pelo judiciário as escolhas legislativas, que devem atender aos valores constitucionais. Disso se retira um “determinado nível de justiciabilidade”. Ainda, assim como controlam as opções legislativas, deve pesar sobre os órgãos judiciais o respeito a razoáveis decisões políticas, bem como a separação das funções, princípio do Estado de Direito.¹⁴⁸

Nota-se que os argumentos utilizados por Andrade e Queiroz, dando conta de um controle judicial dos atos legislativos concretizadores, servem para refutar o entendimento de direitos fundamentais sociais como meras normas programáticas sem qualquer proteção judicial.

Gomes Canotilho diz que a prestação do Estado constitui pretensão do particular e dever do legislador, no entanto, essa pretensão não pode ser judicialmente exigível: “o direito à prestação não corresponde, rigorosamente, ao dever de prestação do Estado, contido na imposição legiferante: o âmbito normativo daquele direito pode ser mais amplo ou mais restrito que o deste dever”. Isso, sob a visão da constituição dirigente consiste num ponto nuclear: a dependência legal dos direitos a prestações, onde o legislador surge como concretizador das condições necessárias ao exercício dos direitos sociais.¹⁴⁹

Nesse ponto é importante uma mirada ao texto da Constituição portuguesa, no que se refere aos direitos, liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais, que mesmo

¹⁴⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 401.

¹⁴⁸ QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais*, p. 153.

¹⁴⁹ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, p. 368-369. Nessa obra, já no prefácio, Canotilho aponta para o problema do alargamento da aplicabilidade imediata, que abrange indiscriminadamente os direitos sociais (p. XVI). Importa registrar que a existência desse prefácio se dá em razão das críticas ao mestre de Coimbra pela aparente mudança de rumo em seu pensamento onde, em obra posterior, acaba criticando o dirigismo constitucional. A parte final desse prefácio está assim redigida: “em jeito de conclusão, dir-se-ia que a constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura dos direitos constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. (...) Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas a <<linha de caminho de ferro>> neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais dever estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretende continuar a chamar de direitos, democráticos e sociais.” (p. XXIX).

dotando a todos de fundamentalidade, há uma divisão de regimes jurídicos entre eles¹⁵⁰. Talvez a maior separação se dê em relação à previsão de aplicabilidade imediata dos primeiros, o que, a uma primeira vista, não abrange os segundos¹⁵¹. Assim, está posto o principal obstáculo ao reconhecimento da justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.¹⁵²

Diante do direito constitucional espanhol, Peces-Barba, ao comentar a tutela judicial dos direitos fundamentais, distingue o alcance quando se tratar de direitos fundamentais clássicos de liberdade e de direitos sociais. Aqueles, pelos mecanismos trazidos pela Constituição da Espanha, possuem forte efetividade. Já estes têm sua proteção suspensa, em certos casos, até realização e desenvolvimento pelo Estado.¹⁵³

Hesse, no contexto alemão¹⁵⁴, entende os direitos sociais como divorciados dos direitos fundamentais clássicos, já que dependem de regulação não só legislativa, mas também da administração. Com assento na possibilidade de prejuízo de direitos de liberdades de outros, não podem fundamentar pretensões judicialmente. Diz ainda que os direitos sociais mal se diferenciam de “determinações de objetivos estatais”, que por si “não são capazes de produzir nada”, dependentes da concretização legislativa que “positiva” os objetivos estatais conforme as possibilidades e necessidades de determinada época.¹⁵⁵

Alexy destaca que dada a sua importância, a contemplação dos direitos fundamentais sociais não pode estar nas mãos da simples maioria parlamentar. Para tanto, baseado na ponderação de princípios, o autor apresenta uma fórmula para o reconhecimento de direitos fundamentais sociais definitivos (exigíveis) na qual se deve considerar: se o princípio da liberdade fática exige com urgência a prestação jurídica do direito fundamental social pleiteado; se o princípio da separação dos poderes e a democracia estejam conformados com esta urgência; e que os princípios materiais opostos (liberdade jurídica de outrem) sejam minimamente afetados. Condições estas que já estão garantidas no caso de um mínimo existencial.¹⁵⁶

¹⁵⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 183.

¹⁵¹ A Constituição portuguesa estabelece no artigo 18º (força jurídica): “1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.”

¹⁵² Mesmo não havendo previsão expressa abrangendo a clausula da aplicabilidade direta dos direitos sociais, a doutrina portuguesa, apoiada no regime geral dos direitos fundamentais, entende haver uma certa aplicabilidade imediata a tais direitos. Nesse sentido, MIRANDA, Jorge. Op. cit., p. 341.

¹⁵³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregório. *Curso de derechos fundamentales*, p. 516.

¹⁵⁴ Chama-se a atenção para o fato de que na Lei Fundamental alemã, normas de direitos sociais não estão previstas expressamente no texto, o que acaba justificando o posicionamento da doutrina alemã quanto ao tema.

¹⁵⁵ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional*, p. 170, número de margem 208.

¹⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 495.

Em obra específica sobre a exigibilidade dos direitos sociais, Victor Abramovich e Christan Courtis não vêem dificuldades na sua justiciabilidade, inclusive de reparação, quando o Poder Público atue violando direitos sociais.¹⁵⁷ Em relação às omissões estatais nas prestações, os autores conjugam esforços para afastar os obstáculos de sua justiciabilidade, reclamando novas formas de utilização dos mecanismos processuais disponíveis, bem como um certo ativismo judicial com doses de criatividade pretoriana. Além disso, propõem a propagação do entendimento dos direitos sociais como direitos; demandas coletivas capazes de fomentar a conscientização dos poderes públicos, e criação de novos meios processuais para exigibilidade dos direitos sociais. Mesmo no estágio atual, entendem que não há direito social que não possua alguma característica capaz de ensejar a pretensão judicial.¹⁵⁸

No marco da Constituição Federal de 1988, cresce o interesse pelo tema dos direitos sociais. Não só pela vasta gama de contemplação desses direitos, como também pela situação topográfica em que estão inclusos, o que gerou uma diversidade de entendimentos.

De fato, não há precedente na história constitucional brasileira de reconhecimento tão extenso de direitos sociais. Some-se a isso o fato de também, pela primeira vez, sua positivação fugir do título da ordem econômica e integrar os direitos e garantias fundamentais. A posição topográfica traz conseqüências apreciáveis ao debate dos direitos sociais.

Dois aspectos, em especial, passam a ser constitucionalmente relevantes: fundamentalidade (formal e material) dos direitos sociais e eficácia (ou aplicabilidade). A divergência, entre outros motivos, tem assento no próprio texto da Constituição, principalmente pela confusa terminologia e má técnica legislativa, trazendo dificuldades de interpretação quanto à proteção e aplicabilidade dos direitos sociais.¹⁵⁹

Assim, o debate se dá quanto à extensão da cláusula de aplicabilidade direta dos direitos fundamentais (§ 1º, do art. 5º), mais especificamente, se os direitos sociais são atingidos por essa disposição e, ainda, se integram o grupo das chamadas cláusulas pétreas (inciso IV, do § 4º, do

¹⁵⁷ Cf. ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, p. 41. Os autores trazem como exemplo a contaminação do meio ambiente que afete a saúde, a limitação de acesso à educação por razões de sexo ou condição econômica, ou desalojamento sem oferta de alternativa de moradia.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 46-47.

¹⁵⁹ Cf. SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 170.

art. 60 da CF/88). A análise destas questões, dentre outras, acaba desvendando o posicionamento da doutrina quanto à indagação proposta nesse item.¹⁶⁰

Ao que parece mesmo dotando-os de fundamentalidade,¹⁶¹ Paulo Bonavides lamenta a falta de inclusão dos direitos sociais nas garantias de eternidade, do inciso IV, do § 4º, do art. 60 da Constituição Federal, dirigidas aos direitos e garantias individuais. Ferreira Filho vê grandes dificuldades de efetivação dos direitos sociais pela via judicial, trazendo os exemplos da inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção, como ferramentas de proteção judicial aos direitos sociais – embora reconheça que a experiência prática não tem revelado resultados.¹⁶²

Já Gilmar Mendes refere-se ao fenômeno da transmutação dos direitos sociais, tradicionalmente situadas no campo político, em situações jurídicas. Assim, as decisões devem atentar para a reserva do financeiramente possível, o que enseja, inclusive, novas técnicas de declaração de inconstitucionalidade, até então insuficientes para solução dos problemas referentes aos direitos a prestações.¹⁶³

Ao versar sobre o § 1º, do art. 5º da CF/88, Mendes entende ali inseridos os direitos sociais, mas que essa inclusão, sozinha, não resolve o problema, pois são direitos de eficácia limitada. Daí, aplicáveis até onde possam, onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Acionado o Poder Judiciário para garantir uma situação concreta, devem ser observadas as instituições existentes. Como exemplos disso vê no mandado de injunção, na ação de inconstitucionalidade por omissão, instrumentos de potencial aplicação direta das normas constitucionais.¹⁶⁴

Diante dos direitos sociais na CF/88, Ricardo Lobo Torres defende a transformação destes em mínimo existencial, surgindo os direitos fundamentais sociais. O autor o faz, com apoio dos princípios que esteiam o Estado Democrático de Direito. Desta forma, para Torres, somente carregariam o *plus* da fundamentalidade os direitos sociais mínimos, ou mínimo existencial para uma vida digna. A maximização dos direitos sociais estaria na dependência de políticas públicas

¹⁶⁰ Cf. BARRETTO, Vicente de Paulo. “*Reflexões sobre os direitos sociais*”, p. 112. Diz o autor: “Uma das formas mais comum de se negar efetividade aos direitos sociais é retirar-lhes a característica de direitos fundamentais. Afastados da esfera dos direitos fundamentais, ficam privados de aplicabilidade imediata, excluídos da garantia das cláusulas pétreas, e se tornam assim meras pautas programáticas, submetidas à ‘reserva do possível’ ou restritos à objetivação de um padrão mínimo social”.

¹⁶¹ BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 564.

¹⁶² FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*, p. 52.

¹⁶³ MENDES, Gilmar. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, p. 47-48.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 165-166.

e opções orçamentárias. O mínimo existencial (ou direitos fundamentais sociais) seria considerado como prestações estatais positivas em favor dos carentes; já os direitos sociais máximos seriam carecedores de opções executivas e conformações legislativas. Segundo o autor a confusão entre os direitos fundamentais e os direitos sociais – ou fundamentalização exacerbada dos direitos sociais no Estado Social – não permite que os últimos venham a ser atendidos, “sequer na sua dimensão mínima”.¹⁶⁵ Torres ainda salienta, que o mínimo existencial deve ser respeitado em duplo aspecto: negativo, que veda da tributação dos direitos sociais mínimos; positivo, prestações materiais do Estado aos pobres (direitos fundamentais sociais *stricto sensu*).¹⁶⁶

Por seu turno, Martins Neto, ao analisar o modelo de positivação dos direitos fundamentais sociais, considera as diferenças existentes no texto constitucional, afirmando que em sede de “direitos sociais, não há, fatalmente, um padrão fixo e universal”.¹⁶⁷ Assim, entende co-existirem direitos fundamentais sociais de cunho notadamente programático, outros aptos a serem exigidos judicialmente.¹⁶⁸ Mesmo os direitos fundamentais sociais programáticos justificam uma certa justiciabilidade, na medida em que os comandos constitucionais devem ser respeitados pelo legislador e administrador e, também justiciáveis, quando o comando constitucional evidencia claramente um fim pretendido.¹⁶⁹

Ao propor uma classificação das normas constitucionais, Luis Roberto Barroso afasta os direitos sociais das normas programáticas, inserindo-os no tipo de normas definidoras de direitos.¹⁷⁰ Ao propor essa classificação, Barroso não vê obstáculos a que sejam exigíveis judicialmente do Estado, trazendo como exemplo o direito à educação.¹⁷¹

Ingo Sarlet também vê os direitos sociais como exigíveis, principalmente os que propiciam a contemplação da dignidade humana, discorrendo sobre os fundamentos que

¹⁶⁵ TORRES, Ricardo Lobo. “A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial”, p. 2.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 2.

¹⁶⁷ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais*, p. 184.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 180. O autor utiliza como exemplo de direito fundamental social justiciável, o direito à educação gratuito no ensino fundamental, auto-aplicável, pela suficiente normatização constitucional.

¹⁶⁹ Ibidem, p. 191-192. O autor dá como exemplo de uma norma programática com evidente imposição legislativa caracterizadora de um direito subjetivo, a proteção ao consumidor, disciplinada no rol dos direitos fundamentais (inciso, XXXII, do artigo, 5º), na ordem econômica (inciso V, do artigo 170) e nas disposições transitórias (art. 48), todos da Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 97.

¹⁷¹ Ibidem, p. 151.

influenciam a possibilidade de exigência judicial dos direitos a prestações, abordando, dentre outros, os direitos à educação, saúde e moradia.¹⁷²

Não obstante, Sarlet, em outra obra, é enfático ao enquadrar os direitos sociais no rol dos direitos fundamentais, entendendo-os diretamente aplicáveis, especialmente quando exercem funções defensivas e, no seguimento de Alexy ponderáveis, caso prestacionais, servindo-se do caráter principiológico da referida cláusula de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.¹⁷³

De outra banda, outros fatores, além das questões de fundamentalidade e aplicabilidade, são recorrentes ao debate da justiciabilidade dos direitos sociais. São eles: a possibilidade orçamentária e o princípio da reserva do possível¹⁷⁴. A implementação de políticas que tornem efetivos os direitos sociais exige vultosos investimentos; assim, caberia ao legislador no controle e destinação do orçamento, e à administração, na criação de políticas públicas, a tarefa de efetivação dos direitos sociais.

Andreas Krell alerta para o perigo da importação de teorias – como é o caso da reserva do possível – sem o devido cuidado e adaptação à realidade social do país, que podem fundamentar soluções incoerentes com as necessidades brasileiras.¹⁷⁵ Embora com cautela e devida atenção para a heterogeneidade dos direitos sociais, Krell entende que a inserção dos direitos sociais no texto constitucional supera a função programática, pois são exigíveis judicialmente em certos casos,¹⁷⁶ exercendo importante papel conscientizador a serem encarados como verdadeiros direitos fundamentais.¹⁷⁷ Ainda, com relação ao disposto no § 1º, do art. 5º da Constituição brasileira – aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais – Krell entende, dada a natureza diferenciada dos direitos sociais, uma imposição ao Poder Público de extremar a eficácia e realização material dos direitos sociais.¹⁷⁸ Nesse contexto, o autor reclama um comprometimento maior do Poder Judiciário no controle das políticas públicas e omissões estatais, com escopo de maximizar a eficácia os direitos sociais.¹⁷⁹

¹⁷² SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 294 e seguintes. O posicionamento de Sarlet se evidencia, em textos nos quais aborda especificamente os direitos à saúde e à moradia, bibliografia referida.

¹⁷³ SARLET, Ingo. “*Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*”, p. 146 e 160-166.

¹⁷⁴ Cf. BARRETTO, Vicente de Paulo. *Op. cit.*, p. 119-121, repudiando tais argumentos, pois fundamentos falaciosos à eficácia dos direitos fundamentais sociais.

¹⁷⁵ KRELL, Andreas. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 56.

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 33.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 28.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 38.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 109.

Na esteira da questão orçamentária e dos custos de implementação dos direitos, vem o estudo de Flávio Galdino apoiado nas lições dos americanos Stephen Holmes e Cass Sunstein. Galdino vê como custosos todos os direitos. Para ele todos os direitos são positivos, no sentido de que exigem recursos para que sejam efetivados. Desta forma, um direito tido como de abstenção do Estado, negativo, como a propriedade, pode demandar até mais recursos que um direito à prestação, como a educação.¹⁸⁰

Pode se supor assim amplificada a dificuldade da implementação dos direitos tidos como a prestações (caso dos direitos sociais). Tendo a concorrência dos direitos de abstenção do Estado, restam ainda mais escassos os recursos.

Segundo o pensamento de Gustavo Amaral, diante da escassez de recursos, toma espaço a necessidade de decisões alocativas, o que significa “quanto disponibilizar e a quem atender”. Em palavras mais contundentes, são escolhas trágicas que, estando em jogo o direito à saúde, podem resultar mesmo na morte.¹⁸¹ Segue Amaral chamando atenção para o caráter político da opção alocativa dos poucos recursos existentes, o que não vem sendo observado pela jurisprudência brasileira, tendo em vista que as decisões tomadas individualmente, não oferecem problemas ao orçamento dos entes públicos.¹⁸² No entanto, ao desconsiderar questões orçamentárias acabam resolvendo apenas micro-conflitos, transformando decisões alocativas em critério de “primeiro a obter a liminar”.¹⁸³

Amaral ainda aponta três correntes a respeito dos direitos sociais: a primeira, que nega eficácia a esses direitos, dependentes de conformação pelo legislador e dos meios materiais; a segunda, que vê os direitos sociais no mesmo nível dos direitos individuais; para a terceira, os direitos sociais estão sob a reserva do possível, já que exigem recursos financeiros para serem implementados.¹⁸⁴

Adotando sua difundida teoria dos princípios, Alexy a vê como alternativa para a vinculação judicial dos direitos sociais ao caso brasileiro, não se exigindo o impossível já que, como princípios, tais normas seriam ponderadas e sob a reversa do possível, vinculativas.¹⁸⁵

¹⁸⁰ GALDINO, Flávio. “*O custo dos direitos*”, p. 281.

¹⁸¹ AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, p. 147 e 148.

¹⁸² *Ibidem*, p. 146.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 173-175.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 61.

¹⁸⁵ ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*, p. 69.

Entendimento esse comungado por Paulo Leivas que, embora admitindo que a multiplicidade de alternativas leve à preferencial escolha do Poder Executivo e Poder Legislativo na realização dos direitos fundamentais sociais, não vê barreiras constitucionais para sua exigência judicial.¹⁸⁶

No seguimento de sua obra, Leivas combate os obstáculos referentes à justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, colacionando decisões referentes à oferta de medicamentos, bem como à prestação educacional, culminado com análise do mínimo existencial, em especial à alimentação, como sustentáculo de uma vida digna.¹⁸⁷ Sinala-se que o estudo da necessidade de prestação proposto por Leivas é endereçado ao Estado.

Lima Jr. passa a exigir um comprometimento maior do Poder Judiciário no que se refere à concretização dos direitos sociais embora, ressalva seja feita, não restrita a esse poder. Ainda, anuncia o autor que passará a se ocupar na busca de elementos que garantam a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais, para sua realização prática.¹⁸⁸

Ana Paula de Barcellos adota o mínimo existencial para uma exigência dos direitos sociais ao Estado. Trata especialmente do direito à saúde e da educação, traçando parâmetros para o reconhecimento do que vem a se traduzir em mínimo nesses direitos, resultando justiciáveis o ensino fundamental, e o que se exige de um plano de saúde básico.¹⁸⁹

Do que foi visto, pode-se apontar uma série de óbices impostos pela doutrina quanto à eficácia dos direitos fundamentais sociais: a endereçada ao Poder Judiciário, como o Poder menos afeito à prática de políticas públicas; os custos de todos os direitos; escassez de recursos; a universalidade, que acaba titularizando direitos sociais mínimos mesmo àqueles que possuem condições financeiras para cobrir suas despesas com educação, saúde, entre outros, e que não necessitam gratuitamente desses serviços; a tomada de decisões em casos individualizados, que acaba por não repercutir o alcance geral almejado pelos direitos fundamentais sociais; a justiciabilidade extremada, que pode conduzir a situações bastante desiguais.¹⁹⁰

Outras barreiras, porém, já se encontram amenizadas, como é o caso da necessidade de intermediação legislativa, especificamente no caso da saúde e educação onde há densidade

¹⁸⁶ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, p. 97

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 97 e seguintes.

¹⁸⁸ LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*, p. 157-158.

¹⁸⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, p. 260 e seguintes.

¹⁹⁰ Nesse sentido, AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*, p. 29, na qual traz três decisões completamente díspares, em relação a demandas propostas requerendo amparo a uma mesma doença.

normativa suficiente na própria Constituição¹⁹¹; separação dos poderes, tendo em vista que o Poder Judiciário também está vinculado à Constituição¹⁹² e defensor do direito das minorias.¹⁹³

De outra banda, percebe-se que a doutrina vem se ocupando em afastar outros obstáculos. À falta do reconhecimento de uma carga de eficácia dos direitos fundamentais sociais, a lição de José Afonso da Silva de que toda norma constitucional é executável por si mesma na medida de sua capacidade¹⁹⁴, permite concluir que não há norma constitucional destituída de eficácia.¹⁹⁵

Por outro lado, a disposição final do art. 6º da CF/88, quando assenta os direitos sociais “na forma desta constituição”, remete a todos os dispositivos constitucionais que possam ser relacionados aos direitos fundamentais. É a interpretação harmônica das normas constitucionais, firmes nos princípios da eficácia integradora, da força normativa da Constituição e da efetividade.¹⁹⁶

Isso acaba levando ao entendimento da fundamentalidade dos direitos sociais e a conseqüente incidência da cláusula de aplicabilidade imediata do § 1º, do art. 5º da CF/88, se não da mesma forma que o rol dos direitos fundamentais do art. 5º, ao menos, como já disse Sarlet, a garantia de uma máxima eficácia.¹⁹⁷

Em sentido contrário, Gustavo Amaral critica o princípio da máxima eficácia, diante da reserva do possível e necessidade de escolhas, em situações hipotéticas, de atender o direito fundamental de uns ou outros, pois sem suporte suficiente para solução dos conflitos.¹⁹⁸

Diante deste quadro tão complexo, se pode sintetizar, ao menos para uma melhor visualização, três correntes de pensamentos quanto à aplicação dos direitos fundamentais sociais.

Um primeiro, diz respeito ao entendimento das normas constitucionais como meros programas, indicativos de um caminho a ser seguido pelo Poder Executivo e o legislador na tarefa de concretização. São as intenções do constituinte a guiarem o destino da legislação, bem como dos recursos disponíveis.

¹⁹¹ KREEL, Andreas. Op. cit., p. 33.

¹⁹² APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*, p. 153.

¹⁹³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. “O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais”, p. 296.

¹⁹⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 76.

¹⁹⁵ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 265.

¹⁹⁶ Para exame desses princípios remete-se à STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, p. 95-97.

¹⁹⁷ SARLET, Ingo. “Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988”, p. 164.

¹⁹⁸ AMARAL, Gustavo. “Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes”, p. 111. Afirmação essa criticada por Krell, Op. cit., p. 53, na qual vê infelizes os exemplos trazidos por Amaral. Aquele traz como resposta às hipóteses deste, o atendimento a todos, se necessário, retirando recursos destinados a outras áreas.

Um segundo grupo que, mesmo entendendo os direitos fundamentais sociais como normas programáticas, não vêem, por outro lado, obstáculos a que sejam justificáveis em certos casos, com a devida dose de prudência (como a possibilidade de recursos e utilização dos meios disponíveis em caso de omissões, do mandando de injunção, entre outros).

Já o último grupo, sedento por eficácia constitucional, em especial dos direitos fundamentais, pressiona a jurisdição constitucional na implementação dos direitos fundamentais sociais.¹⁹⁹

O que se pode notar é o crescimento de estudos em prol da fundamentalização e justiciabilidade dos direitos sociais. Pesquisas sobre específicos direitos fundamentais sociais, em especial a saúde e educação, têm contribuído para o debate.²⁰⁰

Como se disse, não há espaço aqui para enfrentamento das razões que levam a esse ou aquele entendimento, mas apenas procurou-se mostrar a divergência de pensamentos, demonstrando o fértil terreno em que estão os direitos fundamentais sociais.

E isso se aproxima do objetivo principal do estudo por uma sutileza: a questão de destinação das normas de direitos fundamentais sociais. Se norma meramente programática, destinada ao legislador e à implementação de políticas públicas, mais distantes do Poder Judiciário, por conseguinte dos particulares. Ao contrário, se justificáveis, abre espaço para a verificação de sua vinculação, ou não, entre os particulares.

Uma questão, porém, não pode fugir aos olhos: os direitos fundamentais sociais como classe diferenciada, não podem ser equiparados, sem mais, aos direitos fundamentais ditos clássicos-liberais.²⁰¹ Não só isso, os direitos fundamentais sociais encontram, entre si, dicotomias que fazem merecer atenção especial cada um deles²⁰² – como lhes deu a Constituição. Pode-se dizer que estão, por mais óbvio que isso seja, unidos pela conotação (social) e divorciados, dadas as especificidades de cada um.

¹⁹⁹ Cf. PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos fundamentais sociais*, p. 220. Diz o autor: “Um juiz, que supre omissões legislativas e alcança prestações sociais com base em normas principiais, alegadamente programáticas, faz interpretações construtivas, avança na aplicação dos princípios de justiça social, parecendo ser mais protagonista do que neutro, mais engajado do que inerte”.

²⁰⁰ Entre outros, LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*. POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial*.

²⁰¹ Cf. SARLET, Ingo. “*Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*”, p. 151. O autor: “Ainda que em princípio, situados no mesmo plano de fundamentalidade formal e material dos direitos de defesa, os direitos sociais a prestações acabam se diferenciando daqueles, de modo especial, pelo seu objeto diferenciado, pela sua diversa estrutura normativa e por serem diversos os problemas enfrentados no que diz com a sua eficácia e efetividade”.

²⁰² *Ibidem*, p. 152.

É nesse sentido que se dá um passo adiante, anunciando suas diferenças, que são merecedoras de atenção especial. Antes, porém, para melhor embasamento ao tema principal, uma análise das funções que exercem os direitos fundamentais sociais.

1.2 Os direitos fundamentais sociais e suas funções

Neste ponto se fará uma apresentação sumária das funções que podem exercer os direitos fundamentais sociais. Não há nisso grande controvérsia, apenas o rompimento com uma idéia tradicional de separação por funções dos direitos fundamentais, que passam a ser vistos sob uma multifuncionalidade, que toca também aos sociais.

Já se disse alhures que existem direitos fundamentais sociais que se dirigem especialmente aos particulares, como os já citados direitos trabalhistas, que pode ter em ambos os lados da relação laboral um particular.

Assim, antes de se abordar a questão das funções exercidas pelos direitos fundamentais a prestações, nos quais se incluem os direitos fundamentais sociais (mas não só estes), se faz necessária uma visão da classificação dos direitos fundamentais em geral, para que se tenha uma adequada compreensão da delimitação do tema aqui proposto. Ressalta-se que não constitui finalidade o aprofundamento das diversas classificações encontradas na doutrina, apenas centra-se na classificação do ponto de vista funcional, situando os direitos fundamentais sociais nesse contexto.²⁰³

Para tanto, diante da multiplicidade de critérios²⁰⁴, a abordagem classificatória terá como esteio as propostas de Alexy e Canotilho²⁰⁵, nas quais se percebe a divisão, como enfoque

²⁰³ Cf. SHAFFER, Jairo. *A classificação dos direitos fundamentais*. Obra em que após a análise das clássicas classificações dos direitos fundamentais, como a classificação em gerações e quanto ao critério preponderante (direitos de defesa e direitos prestacionais), propõe, baseado na lição de Jorge Miranda do regime jurídico aplicável aos direitos sociais, um sistema unitário aplicável a todos direitos fundamentais, inclusive os sociais.

²⁰⁴ Nesse sentido: ANDRADE, José Carlos Vieira. Op. cit., p. 177.

²⁰⁵ Cf. SARLET, Ingo. “*Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*”, no qual também adota essa proposta classificatória, direcionando-a ao contexto brasileiro, p. 141.

principal, em duas funções que os direitos fundamentais exercem: direitos de defesa ou negativos e direitos a prestação ou a ações positivas.²⁰⁶

De acordo com essa concepção bastante difundida na doutrina, os direitos de defesa consistem no direito dos particulares à não-interferência estatal, em outras palavras, uma abstenção, ou limites ao Estado, na esfera de liberdade dos cidadãos.²⁰⁷

Para Alexy, os direitos negativos podem ainda se subdividir em três grupos. O primeiro, direitos ao não impedimento ou obstacularização de ações, citando como exemplos a vedação ao Estado de obstar, dentre outros, a liberdade de movimento, liberdade de expressão e de fé. É a proibição de estorvo pelo Estado de um direito à realização de certa ação. O segundo grupo proíbe que o Estado afete a propriedade ou situações do titular desse direito. O terceiro grupo consiste na objeção do Estado de eliminar posições jurídicas do indivíduo, derogando normas que garantam determinadas posições.²⁰⁸

Segundo Gomes Canotilho, a função dos direitos negativos “é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos),” sendo que essa função pode ser cumprida sob uma dupla perspectiva: no plano jurídico-objetivo, é defeso ao Estado interferir no âmbito jurídico individual (“normas de competência negativa”), e no plano jurídico-subjetivo, o exercício dos direitos fundamentais (“liberdades positivas”) e exigir a omissão do Estado, evitando lesões deste na esfera particular (“liberdade negativa”).²⁰⁹

Já os direitos a prestações, exigem uma ação positiva do Estado no sentido de que algo seja feito. São direitos que reclamam a atuação dos poderes públicos para que sejam implementados.

Direitos a ações positivas, na proposta de Alexy, ainda podem ser divididos em ações fáticas, de prestações materiais e, ações normativas à imposição de normas de proteção e organização. Estes são tratados como direitos a prestações em sentido amplo, aqueles como

²⁰⁶ Alerta-se, mais uma vez, para o fato de que no constitucionalismo alemão de Alexy não há previsão expressa de espécies de direitos fundamentais sociais.

²⁰⁷ Registre-se a clássica teoria dos *status* de Jellinek, com ampla referencia na doutrina. Para um contato com essa teoria remetemos a ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 247 e seguintes; também SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 165 e seguintes. Atente-se ainda para o fato de que nesse momento do estudo não se está a classificar os direitos fundamentais com base na necessidade de recurso para sua implementação, conforme entendimentos já expostos de Gustavo Amaral e Flavio Galdino, onde vêem todos os direitos como positivos.

²⁰⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 189 a 194.

²⁰⁹ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 405.

direitos a prestações em sentido estrito.²¹⁰ Assim, se tem em Alexy a seguinte divisão dos direitos a prestações: direitos a proteção (frente ao Estado para que proteja da intervenção de terceiros);²¹¹ direitos à organização e ao procedimento²¹² (onde faz uma subdivisão em competências de direito privado, procedimentos judiciais e administrativos e formação da vontade estatal); direitos fundamentais em sentido estrito (direitos do indivíduo a algo do Estado em que, se o indivíduo possuíse recursos financeiros suficientes e encontrasse no mercado uma oferta suficiente, poderia também obter de particulares). Alexy traz como exemplos de direitos a prestações em sentido estrito a habitação e a educação, entre outros.²¹³ Canotilho soma a isso, o fato da possibilidade do particular de satisfazer esses direitos através do comércio privado²¹⁴ como, “cuidados de saúde privados, seguros privados e ensino privado”.²¹⁵

Nesse ponto se impõe esclarecer: na esteira do pensamento de Alexy, pode-se perceber que a classificação dos direitos fundamentais, notadamente, é colocada frente ao Estado, fazer ou deixar de fazer algo. Os chamados direitos de defesa, negativos, foram analisados na primeira parte dessa pesquisa, nas relações entre os particulares. Nessa parte final, como se verá mais adiante, a vinculação é analisada sob a ótica dos direitos a prestações em sentido estrito na concepção dada por Alexy, com o acréscimo dado por Canotilho, que corresponde ao artigo 6º da Constituição Federal de 1988 – os direitos fundamentais sociais.

No contexto dos direitos fundamentais na Constituição brasileira, Ingo Sarlet adota classificação espelhada na de Alexy. Assim, a proposta de Sarlet também dá conta da divisão em dois grandes grupos: os direitos fundamentais como direitos de defesa e os direitos fundamentais a prestações, sendo que esses se subdividem em direitos a prestações em sentido amplo que, por sua vez, abarcam os direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, e os

²¹⁰ Cf. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 195-196.

²¹¹ *Ibidem*, p. 430 e 435.

²¹² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 454 e seguintes.

²¹³ *Ibidem*, p. 482.

²¹⁴ Ao que parece Alexy não retrata a possibilidade de obtenção de tais direitos no comércio privado, pelo fato de não haver previsão específica de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental alemã (não há como obter de um particular certo serviço correspondente a um direito, quando não se sabe qual o direito). Assim, o entendimento de Canotilho guarda maior afinidade com Constituição brasileira, ao menos na referencia expressa de direitos fundamentais sociais e a possibilidade, quando especificados, de serem correlacionados com os serviços privados.

²¹⁵ Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 406. O mestre de Coimbra, nesse mesmo ponto, ainda trata da distinção e problemas relativos aos direitos sociais originários e derivados e políticas sociais ativas. Quanto aos primeiros, direitos diretamente exigíveis das normas constitucionais, e aos segundos, o direito de exigir uma concretização legislativa dos direitos sociais e participação igual nas prestações criadas pelo legislador, Canotilho entende discutível. Quanto aos últimos, não há dificuldade, pois na Constituição portuguesa eles “impõem políticas públicas socialmente activas”.

direitos a prestações em sentido estrito.²¹⁶ É sobre os últimos, no conceito dado por Alexy, que se passa a analisar sob o enfoque da multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

Pelas classificações já vistas, ficou evidente a divisão em duas funções exercidas pelos direitos fundamentais. Isso provém da evolução histórica do Estado, do absolutismo ao liberal, deste ao Estado social. Daí a origem dos direitos fundamentais, nascidos frente a esses modelos de Estado: o liberal, dos direitos individuais de garantia contra ingerências do Estado, antes absolutista. O social, a interferência estatal baseada no Estado de bem-estar de todos, também conhecido como “Welfare State”, de igualdade econômica, o que reclama a atuação do Estado.²¹⁷

Como visto, esta é uma visão dos direitos fundamentais na perspectiva do Estado, limitada a uma rígida distinção funcional entre os direitos prestacionais e direitos de defesa, que não condiz com entendimentos atuais.²¹⁸

A partir do reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, se tem como um de seus desdobramentos o rompimento com a antiga idéia de distanciamento dos direitos fundamentais clássicos de defesa e de outro lado, os direitos a prestações. Além disso, é vista uma correlação entre direitos de defesa e a prestações, sendo uns necessários à fruição dos demais. Busca-se dessa forma uma maior eficácia dos direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, os direitos fundamentais de toda ordem passam, diante da dimensão objetiva já vista, a exercerem uma diversidade de funções, não somente as clássicas.

Como já se adiantou, não há maiores divergências a respeito da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, sendo acolhida com tranqüilidade pela doutrina que se ocupa do tema.²¹⁹ Não obstante, há direitos ditos defensivos que correspondem a verdadeiras prestações (p.ex., prestação do Estado de assistência jurídica, art. 5º, inciso LXXIV da CF/88 como o acesso universal à justiça) e considerados a prestações que exercem função defensiva (liberdades sindicais).

Assim, direitos clássicos de defesa, passam a exigir, além da abstenção do Estado, também um dever de respeito dos particulares entre si. Não só isso, que resultaria numa omissão, mas o dever de prestação do Estado que corresponda a uma proteção de tais direitos. Então, não é só um *não fazer* que se exige do Estado, mas também uma prestação, no sentido de promover os

²¹⁶ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais sociais*, p. 180. Sinala-se que Sarlet inclui entre os direitos fundamentais sociais, as chamadas liberdades sociais, como o direito de greve e liberdade sindical (p. 213).

²¹⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*, p. 25-26.

²¹⁸ Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op.cit.*, p. 180.

²¹⁹ Cf. SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 219; MARITINS NETO, João Passos, *Op. cit.*, p.154.

direitos, ditos de defesa, e protege-los contra agressões provindas de outros particulares. Exemplo disso são os direitos à vida e à liberdade: na concepção clássica, basta ao Estado não atentar contra a vida, não torturar, ou não interferir na liberdade de locomoção de alguém. Nessa nova perspectiva, é dever do Estado prestar as condições para que sejam garantidos esses direitos, material ou juridicamente. Além disso, os direitos fundamentais são considerados como deveres de proteção do Estado, para que não sejam agredidos.

Por outro lado, os chamados direitos a prestações, dos quais se cuida nesse estudo, classicamente encarados como direitos a uma prestação positiva, transcendem essa esfera, no mesmo sentido dos direitos negativos. Melhor explicado: os direitos a prestações ultrapassam o sentido de exigência das condições materiais ou jurídicas para sua fruição, mas exigem também um respeito de todos para que não atentem contra direitos fundamentais, inclusive os sociais. Corresponderia a uma omissão, não só do Estado, mas dos particulares inclusive²²⁰.

Essa omissão do Estado pode estar representada, entre outros aspectos, pela cláusula de proibição do retrocesso no sentido que lhe deu Canotilho, mormente no campo dos direitos sociais, entendendo que o núcleo essencial destes direitos quando efetivados no plano infraconstitucional, devem ser considerados como se “constitucionalizados” fossem, não se encontrando, desde então, disponíveis ao legislador, sendo eivadas de inconstitucionalidade quaisquer medidas que, sem a devida compensação, revoguem o núcleo essencial destes direitos já consagrados.²²¹

Ainda, com relação a essa função defensiva dos direitos à prestação e o respeito pelo Estado, convém destacar o entendimento de que quando vinculados a um mínimo para a existência digna não deve ser considerado como direito social, visto que, se o fundamento é a princípio dignidade da humana “o direito encontra-se garantido não a título de direito fundamental social, mas a título de direito de defesa, isto é, “sujeito ao regime jurídico específico dos direitos, liberdades e garantias”.²²² Entendimento semelhante é comungado por Sarlet, no que se refere às liberdades sociais.²²³

Já no caso de omissões que também vinculem os particulares, pode-se dizer um dever de abstenção, por exemplo, contra a integridade física, não violação do domicílio e proibição de

²²⁰ Cf. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à saúde*, p. 87.

²²¹ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 337-338.

²²² QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, p. 95, itálico no original. No mesmo sentido, TORRES, Ricardo Lobo. “A cidadania multidimensional na era dos direitos”, p. 280.

²²³ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 216.

tratamento discriminatório no acesso aos estudos. Nota-se que em muitos casos, esse dever de respeito e omissão, corresponde a um tipo penal o que, por si, acaba desestimulando a interferência no direito de outro. Essa normatização diz muito a respeito dos deveres de proteção, no sentido de que cabe ao Estado zelar pelos direitos fundamentais e protegê-los de agressões de toda ordem, por isso a adoção de medidas no âmbito penal ou outro tipo de proibições.²²⁴

Ligado à prestação pelo Estado dos direitos fundamentais sociais não pode se deixar de mencionar os correspondentes deveres fundamentais, que podem ser entendidos como o respeito aos direitos dos outros, mas também o dever de pagar impostos²²⁵ que, obrigatório, acaba por financiar o Estado.

Desta forma, dada a multiplicidade de funções exercidas pelos direitos fundamentais sociais, vez por outra, acaba por se confundir com um direito clássico de liberdade, ou direito fundamental negativo, de defesa.

Por outro lado, a dimensão prestacional dos direitos fundamentais sociais, que correspondem a sua função primária, exige mais que uma mera abstenção dos destinatários. São mandamentos para que algo seja feito, sejam prestações materiais ou jurídicas.²²⁶

Aproxima-se assim sobremaneira do objetivo central, mas permanece a indagação: as razões expostas seriam suficientes para vincular os particulares aos direitos fundamentais sociais? Positiva a resposta, enseja outra questão: em ambas as funções? É o que se passa a analisar no próximo item, onde se vislumbrará os pensamentos a respeito do tema.

2 Direitos fundamentais sociais e relações entre particulares: a doutrina

Se a primeira parte da pesquisa foi ocupada na abordagem do problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais clássicos de liberdade (de defesa), se passa à análise do problema (e se é que ele existe!) dos direitos fundamentais sociais, como prestações materiais, nas relações entre os particulares. Se os direitos fundamentais nas relações entre os particulares, embora crescente a abordagem acadêmica, encontram em poucas vozes uma referência

²²⁴ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 158-159.

²²⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Op. cit.*, p.161.

²²⁶ *Ibidem*, p. 181.

aprofundada, principalmente na ordem constitucional brasileira, o que dizer quando a vinculação tem por referência os direitos fundamentais sociais. Muito pouco!

Encontra-se na doutrina, vez por outra, lampejos sobre o tema, mas sem uma maior preocupação acadêmica. Em alguns casos, a inércia com o tema tem assento na própria ordem constitucional, como é o caso alemão, onde a falta de direitos fundamentais expressos intimida a pesquisa, até mesmo pelo majoritário entendimento de que os direitos fundamentais sociais não estão aptos a serem exigidos judicialmente sequer contra o Estado.²²⁷

No constitucionalismo português, os direitos fundamentais sociais, embora se tenha pela análise textual,²²⁸ em princípio, como não aplicáveis diretamente, existem algumas rápidas manifestações com aparência de vinculação dos particulares a tais direitos, sem desenvolvimentos mais aprofundados.

Jorge Miranda, em momento de sua obra onde traça um regime específico dos direitos sociais, estabelece em um de seus itens a eficácia dos direitos econômicos, sociais e culturais em relação aos particulares, a partir do momento que impõe obrigações aos particulares e limita o exercício de outros direitos previstos na Constituição. Segundo Miranda, “o direito à habitação provoca uma diminuição do conteúdo possível do direito de propriedade de casas para habitação, o direito à segurança social prevalece sobre certos direitos patrimoniais”.²²⁹

Por seu turno, Canotilho, embora reconhecendo que nas relações entre particulares a regra de eficácia aparentemente seja restrita aos direitos, liberdades e garantias, entende que esta previsão deve ser estendida aos direitos sociais. Canotilho aponta que a doutrina não tem dificuldades em reconhecer uma vinculação dos particulares aos direitos sociais, sob uma eficácia indireta, “impondo ao legislador a ‘atração das normas sociais’ segundo os direitos constitucionais sociais” e também “obrigando o intérprete a uma interpretação conforme as normas constitucionais sociais”. Finaliza o constitucionalista português: “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.” Exemplos disso, segundo Canotilho, são os contratos lesivo da saúde da pessoa e dos direitos dos consumidores.²³⁰

²²⁷ KRELL, Andreas. Op. cit., p. 48.

²²⁸ Na constituição portuguesa, como já visto, a aplicabilidade direta está expressa aos direitos, liberdades e garantias.

²²⁹ MIRANDA, Jorge. op.cit., p. 341-342.

²³⁰ CANOTILHO, J.J. GOMES. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 479.

Ao comentar a responsabilidade do legislador de dotar de exigibilidade judicial os direitos sociais, o que entende possível para garantia de um conteúdo mínimo, Andrade aponta, em nota explicativa, uma aparente vinculação dos particulares aos direitos sociais: “por exemplo, se a lei não proibisse a livre resolução pelo senhorio do contrato de arrendamento, ou fizesse depender a frequência do ensino básico do pagamento de propinas estaria a violar, por omissão ou por acção, os direitos à habitação e ao ensino”.²³¹

Importante anotar que os exemplos trazidos por Andrade dizem respeito à obrigação do legislador de não-violação de direitos constitucionalmente consagrados, como a habitação e ensino básico gratuito. Poder-se-ia dizer aqui de uma vinculação do legislador aos direitos fundamentais sociais.

Bidart Campos ao tecer comentários sobre a análise de Pérez Luño sobre a doutrina alemã e a projeção dos direitos fundamentais sociais, no estudo da vinculação dos particulares a direitos fundamentais, afirma que alguns direitos sociais incidem nas relações entre particulares. No entanto, os exemplos que apresenta ficam restritos aos direitos nas relações entre trabalhador e empregador²³², o que foge ao objetivo do estudo.

Nota-se, até por haver um consenso sobre o destinatário dos direitos fundamentais sociais (leia-se o Estado), que pouco se debate no Brasil a respeito da possibilidade de vinculação dos particulares. A produção específica sobre temas como direito à saúde e educação, em busca da justiciabilidade de tais direitos é, via de regra, endereçada ao Estado.

O rompimento com esse pacifismo é que fomentou o debate, e vem encontrando eco em alguns estudos, o que enseja uma atenção especial à temática, em especial daqueles que se ocupam com os direitos fundamentais e as relações entre os particulares.

Dito isso, se destacam, com entendimentos opostos, as lições de Wilson Steinmetz e Daniel Sarmiento -justamente obras de maior fôlego sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

Esses dois autores reservaram em suas obras²³³ espaço para aprofundamento de questões referentes aos direitos fundamentais sociais e as relações entre particulares. Convém esclarecer que nesse momento do estudo não serão esmiuçados os argumentos trazidos pela doutrina

²³¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. cit., p. 401, em especial nota de rodapé nº 42.

²³² BIDART, Germán Campos. *Teoría general de los derechos humanos*, p. 337.

²³³ Refere-se a STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*.

brasileira, cabendo agora uma abordagem genérica do entendimento de cada autor. Na medida em que o estudo avançar serão pormenorizadas as razões apresentadas pela doutrina sobre específicos direitos fundamentais sociais, que serão tratados individualmente. Caso da saúde, educação e moradia.

Diante da temática, Steinmetz começa por afastar, frente à CF/88, posições extremadas, que excluem ou vinculam os particulares a direitos fundamentais sociais, sem considerar quaisquer diferenciações.²³⁴ Nesse ponto, o autor tece crítica à “tese generalizadora” de Ingo Sarlet, que adiante será retomada.

Formulando seu entendimento, Steinmetz aponta as bases de sua proposta definindo, na CF/88, os diferentes direitos fundamentais sociais: os do art. 6º, de titularidade, *prima facie*, universal; os do art. 7º, restrito às relações trabalhistas, tendo como titulares, portanto, os trabalhadores, sejam urbanos ou rurais; por último, os dos arts. 8º a 11º, como sendo “os direitos fundamentais coletivos de liberdade ou direitos fundamentais sociais de liberdade”.²³⁵

A partir dessa diferenciação anunciada pelo autor, se pode definir assim, genericamente, seu entendimento. Quanto aos direitos fundamentais dos arts. 7º ao 11º (direitos das relações trabalhistas e liberdades sindicais) há vinculação dos particulares de forma imediata.²³⁶

No entanto, no ponto que toca a esse estudo, do art. 6º da CF/88, Steinmetz tem entendimento oposto. Com base na análise sistemática do art. 6º e seus correlatos (arts. 196 e seguintes), vê como único destinatário o Estado, desta forma não há obrigação dos particulares a criar escolas ou universidades, hospitais, postos de saúde, ou financiar tratamentos. Tampouco é tarefa do particular o planejamento e execução de políticas públicas. Por fim aduz que, como a implementação dos direitos fundamentais sociais demanda custos, a exigência dos particulares em atendê-los afrontaria os princípios da livre iniciativa e da autonomia privada, dos direitos fundamentais da propriedade e da liberdade.²³⁷

Com pensamento antagônico encontra-se Daniel Sarmento. Inicia por definir sua exploração do tema tão-somente ao art. 6º da CF/88²³⁸ - o que se coaduna com o que se propõe nesse estudo. Segue a isso o alerta da duplicidade de funções que podem exercer os direitos

²³⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 277.

²³⁵ *Ibidem*, p. 278.

²³⁶ *Ibidem*, p. 279-280. O autor aponta como exceções a esse entendimento os incisos II e XXIV do art. 7º, cujo único destinatário é o Estado.

²³⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 279.

²³⁸ SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, 288.

fundamentais sociais, de acordo com o que foi visto no item anterior. Nesse momento, assevera o autor que, em relação à função defensiva, não há maiores dificuldades em se reconhecer uma eficácia direta dos direitos fundamentais sociais em relação aos particulares.²³⁹

Baseado no princípio da solidariedade, Sarmento constrói um pensamento da responsabilidade dos particulares para o alcance de uma sociedade mais justa e que esta conformação, entre o dever de solidariedade e liberdades individuais, está a cargo do legislador.²⁴⁰ Em outro momento Sarmento firma seu entendimento - ampliando a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais – aduzindo que “parece incontroverso que os direitos sociais podem incidir diretamente na interpretação dos negócios jurídicos privados, independentemente de mediação legislativa”.²⁴¹

Sarmento fundamenta cada entendimento com apoio de julgados que, ao seu entender, correspondem à vinculação de certo direito fundamental social, aos particulares, que serão objeto de análise mais detida adiante.

Ingo Sarlet, em estudo sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, afirmou, de forma generalizada, que direitos a prestação também vinculariam os particulares. No entanto, não precisou se se tratava de direitos trabalhistas, liberdades sociais ou em sentido estrito - apenas excluiu os que essencialmente são destinados aos poderes públicos²⁴² - o que fez com que Steinmetz criticasse tal posicionamento, como já se adiantou.

A crítica formulada por Steinmetz²⁴³ gerou uma resposta de Sarlet, na qual, aí sim, manifesta de forma clara seu entendimento quanto à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais em sua dupla dimensão, ou seja: quer se trate da função defensiva, quer se trate de prestações.²⁴⁴

Fundado no mínimo existencial Sarlet apresenta algumas possibilidades de vinculação dos particulares, como na proteção do consumidor nos planos de saúde e do usucapião como direito à moradia.²⁴⁵ Mesmo reconhecendo a necessidade de adoção de soluções diferenciadas, o autor

²³⁹ SARMENTO, Daniel, Op. cit., p. 292.

²⁴⁰ Ibidem, p. 297.

²⁴¹ Ibidem, p. 300.

²⁴² SARLET, Ingo. “Direitos fundamentais e direito privado”, p. 154.

²⁴³ Cf. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 278.

²⁴⁴ SARLET, Ingo. “Direitos fundamentais sociais, ‘mínimo existencial’ e direito privado”, p. 589.

²⁴⁵ Ibidem, p. 593 e 596.

ênfatisa a eficácia direta, na dupla dimensão, dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares.²⁴⁶

Sarlet, em estudo voltado à saúde, já havia manifestado esse entendimento. No entanto, mesmo vinculando os particulares ao direito à saúde, os exemplos apresentados pelo autor dirigem-se aos particulares somente na função defensiva (embora o autor, em rápida passagem, entenda também vinculados os particulares na dimensão prestacional). Quanto à função prestacional os exemplos são direcionados ao Estado.²⁴⁷

Em recente estudo, Cibele Mateus posiciona-se no sentido da vinculação direta, *prima facie*, dos particulares ao direito fundamental à saúde.²⁴⁸ Com arrimo nas lições de Sarlet e Sarmento, a autora traz uma série de exemplos e julgados, onde entende estar contemplado o direito à saúde nas relações privadas. Analisa detidamente os contratos de planos de saúde, as relações familiares e a questão do tabaco. Por estarem concentradas no direito à saúde, as razões de Mateus serão analisadas, com maiores detalhes, no item que aqui se destina próprio a esse direito fundamental social.

Também há de se registrar, na seara do direito fundamental à educação, o entendimento de Maliska dando conta de que são aplicáveis aos particulares “tendo em vista o nítido conteúdo público de tais atividades”, questionando somente em relação ao instrumento processual hábil.²⁴⁹

Ao fazer uma abordagem econômica do direito, Luciano Timm, aduz que, embora em tese seja viável, aplicar-se critérios de justiça redistributiva nas relações entre os particulares, mormente nos contratos e na propriedade, não é a melhor forma de tornar eficiente a implementação de direitos sociais. Isso seria recomendável através da tributação.²⁵⁰

Feito os registros quanto ao desenvolvimento doutrinário de uma forma geral, chega-se ao momento da análise específica de alguns direitos fundamentais sociais, onde se poderá analisar os

²⁴⁶ SARLET, Ingo. “Direitos fundamentais sociais, ‘mínimo existencial’ e direito privado”, p. 590.

²⁴⁷ Idem, “Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988”, págs. 89 e 100. Isso não exclui o entendimento do autor em relação à vinculação dos particulares ao direito à saúde na forma prestacional, –somente refere-se à falta de exemplos. Nas palavras do autor, p. 96-97: “A pergunta que se coloca a todos que analisam a dimensão prestacional (ou positiva) do direito à saúde, em última análise, diz com a possibilidade de o titular deste direito (em princípio qualquer pessoa), com base nas normas constitucionais que lhe asseguram este direito, exigir do poder público (e eventualmente de um particular) alguma prestação material, tal como um tratamento médico determinado, um exame laboratorial, uma internação hospitalar, uma cirurgia, fornecimento de medicamento, enfim, qualquer serviço ou benefício ligado à saúde”.

²⁴⁸ MATEUS, Cibele. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas: o caso do direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988*, p. 134.

²⁴⁹ MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação a Constituição*, p. 132.

²⁵⁰ TIMM, Luciano Benetti. “Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais”, p. 63.

argumentos trazidos a cada direito que se pretende abordar. Antes, porém, são explicitadas as razões que levam à escolha de tais direitos fundamentais sociais e as premissas que pautarão o restante do estudo.

3 Premissas da análise e opções temáticas

A introdução do tema principal a ser investigado reclama algumas considerações que pautarão o restante do estudo. Assim, nunca é demais lembrar que a investigação dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares tem como base o art. 6º da Constituição Federal, aqueles já definidos como direitos fundamentais sociais em sentido estrito. Ainda, serão analisados na função defensiva, bem como na função prestacional. Esta é que enseja maiores divergências quanto aos destinatários. Lembrando que, na função defensiva, os direitos fundamentais sociais em sentido estrito, equivalem a verdadeiros direitos de defesa, ensejando uma abstenção no sentido da não violação de tais direitos. Como já visto, as agressões a direitos fundamentais sociais correspondem, muitas vezes, a tipos penais. Já na sua função prestacional, os direitos fundamentais sociais exigem atuação positiva, ou seja, que sejam dadas as condições materiais e jurídicas para a fruição de tais direitos. Em meio a isso, não se pode olvidar do dever de proteção, tarefa que resguarda os direitos contemplados. Desta forma vemos múltiplas possibilidades em relação aos direitos fundamentais sociais e as relações entre os particulares, e múltiplos os entendimentos.

Assim, para início da tendência que guiará o estudo, afasta-se a idéia de que livremente, sem mais, se pode exigir dos particulares a prestação de algum direito fundamental social. É nesse sentido a formulação de Sarmento, quando adota limites para a vinculação, pressupondo algum tipo de ligação entre as partes. Posto desta forma, Sarmento complementa dizendo que uma “pessoa miserável, por mais grave e urgente que seja o seu problema de saúde, não pode exigir que um milionário, escolhido a esmo, custeie o seu tratamento hospitalar”.²⁵¹ Isso, ao que parece, dá razão a Steinmetz quando afirma que “os particulares *não estão obrigados*, ante o direito fundamental social à educação, a criar escolas, universidades ou outras instituições de

²⁵¹ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 301.

ensino para outros particulares”. Do mesmo modo, Steinmetz prossegue em relação ao direito à saúde onde não há obrigação dos particulares “a criar hospitais e postos ou ambulatórios de saúde nem a pagar tratamentos médicos para outros particulares”.²⁵²

Embora por caminhos opostos e, como já se viu, com posições antagônicas, nesse ponto converge o entendimento dos autores.

Dada a sutileza do tema, as possibilidades têm de ser analisadas com acuidade. Trata-se de um terreno pantanoso e qualquer tipo de análise apressada pode desvirtuar certo entendimento. Ademais, esses direitos, como saúde e educação, quando assumidos pelo Estado são considerados como serviços públicos²⁵³ e como tais também carregam outra carga de peculiaridade. Assim, as atividades de ensino e assistência médica, mesmo quando exercidas por particular, levam consigo esse fardo, o que não pode ser desconsiderado. O certo é que o tema está posto e está a merecer um aprofundamento.

Diante da riqueza de direitos insertos no art. 6º, há que se fazer outra limitação. Cuida-se de optar pelos direitos que têm maior repercussão, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência. Isso porque são temas afeitos ao dia-dia e que exprimem as necessidades básicas à vida humana.

Por outro lado, há direitos no art. 6º que dada suas características, são afastados de logo da questão proposta. Assim, o direito ao trabalho, sequer pode ser visto como um direito sindicável ao Estado, dado que este não é detentor das vagas existentes no mercado²⁵⁴, tampouco, não parece razoável, ter de abrigar todos os desempregados no serviço público.

Assim, limita-se o estudo aos direitos fundamentais sociais da saúde, moradia e educação, mais ricos na doutrina e jurisprudência.

Ainda, a leitura dos direitos do art. 6º da Constituição Federal que se segue aos direitos delimitados deve estar correlacionada com outras disposições da Constituição que, ao menos diretamente, correspondem ou detalham os direitos lá inseridos. Assim, o direito à saúde do art. 6º deve ser analisado juntamente com o art. 196 e seguintes; o direito à educação com os art. 205 e seguintes. O direito à moradia não encontra dispositivos diretamente relacionados, o que será objeto de análise oportunamente.

As diversas possibilidades que ocorrem (e outras que podem ocorrer), somadas ao imaginário, traduzem a dificuldade de serem todas aqui inseridas. Trata-se, antes de mais nada,

²⁵² STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 279.

²⁵³ Nesse sentido: Medauar, Odete. *Direito administrativo moderno*, p. 376.

²⁵⁴ Cf. SARMENTO, Daniel. *Op. cit.*, p. 302.

de uma análise daquilo trazido pela doutrina, no que tange aos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares, com o suporte da jurisprudência. Assim, as fronteiras do estudo estarão no repertório jurisprudencial, exposições doutrinárias e situações que pode ser hipotetizadas. Hipóteses até onde a imaginação alcançar, e a plausabilidade jurídica permitir.

Direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares: aplicações específicas

1 O caso da saúde

De início se faz necessário destacar a íntima ligação – ou até mesmo confusão – entre o direito à vida e o direito à saúde. Não se pode escapar dessa correlação. Da vida, é que emergem todos os demais direitos, mas a garantia da vida está intimamente ligada à saúde: o direito à vida, como um direito de liberdade e garantia de inviolabilidade; a saúde, como uma prestação. Mais, a saúde além de indissociável do direito à vida está também relacionada com a dignidade humana e a qualidade de vida ²⁵⁵.

Outro dado que se deve registrar - com a associação entre o direito à vida e à saúde tendo em vista a tutela constitucional de inviolabilidade da vida - é a criminalização do atentado à vida (CF art. 5º, XVIII, “d” e CP art. 121) e da integridade física (art. 129 do CP). Diante disso, Appio comenta sobre a necessidade de intervenção estatal no âmbito penal, dizendo que “resta evidenciado que também na área civil e administrativa, o legislador deverá envidar –com maior razão – todos os esforços para proteger a vida humana, motivo pelo qual o art. 6º, caput, da CF/88, prevê o direito fundamental à saúde” ²⁵⁶.

Ingo Sarlet vai além em relação ao direito à saúde dizendo: “perceber-se-à, desde logo, que ao Estado não se impõe apenas o direito de respeitar a vida humana, o que poderá até mesmo implicar a vedação da pena de morte, mas também o dever de proteger ativamente a vida humana” ²⁵⁷.

Os entendimentos expostos podem gerar uma certa confusão quando se trata de direito à saúde, até pela íntima ligação existente. Assim, no caso concreto, o direito à saúde pode servir como fundamento à proteção da vida.

Visto isso, com base no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde, entende-se por saúde - sem adentrar no mérito de sua correção - o completo bem-estar físico,

²⁵⁵ SCHWARTZ, Germano; GLOECKNER, Ricardo. *A tutela antecipada no direito à saúde*, p. 104-105.

²⁵⁶ APPIO, Eduardo. *Op. cit.*, p. 185.

²⁵⁷ SARLET, Ingo. “*Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*”, p. 164-165.

mental e social e não apenas a ausência de doenças. Isso acabou por extrapolar entendimento da saúde nos aspectos curativos e preventivos, como estar livre de doenças.²⁵⁸

Atribui-se no Brasil à Constituição de 1934, de forte preocupação social, a primeira a tratar de saúde, ocupando-se com assistência médica e sanitária.²⁵⁹ Mas é com a Constituição de 1988 que a saúde ganha o status da fundamentalidade e de um direito subjetivo público.

De acordo com o que já foi exposto, o direito fundamental à saúde do art. 6º, está regulamentado na própria constituição nos arts. 196 e seguintes. Importante o art. 196:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Como se vê, o artigo em questão indica claramente o Estado como destinatário do direito à saúde, dizendo ainda como se dará essa atuação. Nesse ponto não reside maior dúvida. Com relação a isso cabe lembrar a assertiva de Sarmento, onde destaca a responsabilidade primária do Estado.²⁶⁰ E isso, convém repisar, dá razão à afirmativa de Steinmetz quanto à desobrigação dos particulares em criarem hospitais ou postos de saúde ou a financiar tratamento médico a outros particulares, num sentido puramente prestacional.

Em que pese a indicação do art. 196, já regulamentada pelo Lei 8.080/90 que cria o Sistema Único de Saúde – SUS (art. 198, § 1º), existem entendimentos na doutrina em sentido contrário, em especial em relação a entidades privadas prestadoras de serviços de saúde. Isso porque, o art. 199 da CF/88 confere à iniciativa privada a exploração do ramo de assistência à saúde.

Outra questão importante é a participação de instituições privadas no próprio SUS, o que pode acabar confundindo a espécie de atendimento que se dá, público ou privado, o que é relevante para a questão do direito à saúde: entre particular e Estado ou entre particulares.

Pois bem, de início se refuta qualquer entendimento de vinculação dos particulares à prestação de saúde, quando não há contratação de serviços ou vínculo jurídico de que tenha se responsabilizado outro particular. Assim, continua-se a entender que a saúde, como dito no art. 196, é dever do Estado. Com a abertura do art. 199 é que se pode (se é que se pode) vislumbrar alguma brecha, passível de questionamento de vinculação dos particulares à saúde.

²⁵⁸ FIGUEIREDO, Mariana. *Direito fundamental à saúde*, p. 80.

²⁵⁹ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde*, p. 93.

²⁶⁰ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 301-302.

Adentrando ao tema, se passa a analisar algumas questões e exemplos, no que diz respeito à saúde.

Um tanto tormentosa é a concepção de que por meio de indenizações se possa vincular os particulares à prestação de saúde. Diz-se isso, tendo em vista dois casos analisados por Cibele Mateus relacionados ao tabaco. No primeiro caso, é considerada improcedente demanda de “A” que em razão do vício acabou sendo afetado por grave doença, entendendo o órgão julgador pela falta denexo causal, já que o fumante iniciou o hábito livremente. Aqui, Mateus tece alguns questionamentos a respeito da aplicação direta do direito fundamental à saúde, indagando, ainda, se seria sempre obrigação do Estado arcar com o ônus decorrente de possíveis doenças, restando claro o entendimento da autora de que, mesmo pela via indenizatória, poderia ser repassado ao particular (fabricante de cigarro), a prestação de um tratamento de saúde. Isso se verifica no apoio à decisão do segundo caso onde é procedente o direito à indenização. Mateus aduz que “neste momento, apesar de timidamente, parece-nos que o eminente desembargador quis defender o direito à saúde, a despeito das normas que tratam a respeito da caracterização do dever de indenizar”.²⁶¹

O tema, por si só, suscita uma gama de questionamentos e se é tentado a tomar o rumo da aceitação de uma prestação de saúde, caso a decisão obrigue a isso. No entanto, diferenciações devem ser observadas.

Poderia-se questionar, primeiramente, com base no Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei 8.078/90) - em relação a produtos que causem danos à saúde, normalmente proibidos (art. 10), mas “aceitáveis”, os que acarretam risco à saúde “considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição”(art. 8º). Nesse último caso, estaria o Estado tolerando produtos no mercado que notoriamente prejudiquem a saúde. Estaria o próprio Estado violando o direito à saúde, com tal permissão? Não estaria assumindo os riscos decorrentes?

Destes questionamentos, já se depreende que o fumar envolve uma relação de consumo. Ainda, é tolerado pelo Estado que apenas obriga a advertir (art. 8º CDC, in fine), o que pressupõe a liberdade na opção pelo tabaco ou não.

Mesmo assim, uma eventual indenização parte do pressuposto de reparação ao consumidor que se sentiu afetado pelo consumo do tabaco. Trata-se de indenização com o intuito de reparar. O reparar pressupõe que algo foi lesado. Assim, mesmo a obrigação de indenizar com

²⁶¹ MATEUS, Cibele. *Direitos fundamentais sociais e relações privadas*, p.152.

tratamento de saúde (e que pode ser por diversas formas, dependendo inclusive do pedido) serve como reparação a uma conduta que *ofendeu* a saúde de alguém. Desta forma, não teria sido respeitada a função defensiva do direito fundamental à saúde, qual seja, a omissão em ofender a saúde de alguém. Ainda, estaria a prestação de saúde, via indenização, promovendo o direito à saúde, ou apenas compensando pelos malefícios porventura causados pelo tabaco. Mais, a reparação que pressupõe a reposição de *um status quo ante*, estaria na dependência do sucesso do resultado.

Outras questões permanecem em aberto quando se está diante de uma relação de consumo que, lesiva, gera o direito a indenizar. De acordo com o entendimento de Clayton Maranhão, há necessidade de se superar a esfera de ressarcimento por indenização, e reparar o dano com a tutela específica da prestação de saúde²⁶².

Nesse ponto, talvez a maior zona cinzenta decorra de possíveis erros médicos, como o esquecimento de objetos cirúrgicos dentro do corpo do paciente, ou de cirurgias estéticas mal sucedidas. A reposição ao *status quo ante*, seria uma prestação de saúde, mesmo já tendo esta sido ofendida? Note-se que a tutela específica de reparação por uma outra cirurgia, para correção de resultados estéticos ou para retirada de instrumentos, se daria também no terreno da reparação. E também representaria uma punição financeira – pagamento das despesas com nova intervenção cirúrgica às expensas daquele que errou.²⁶³

Como já se analisou alhures, quando se trata de direito à saúde há uma vinculação dos particulares no sentido de não afetar a de outrem (dimensão defensiva) e a reparação se dá por essa ofensa, e não no sentido puramente prestacional da saúde, até porque já lesionada. Como invocar o direito à saúde, quando se está a reparar lesão ao próprio direito à saúde?

Até agora as situações examinadas tratavam de reparação ao direito à saúde, quando existente uma relação de consumo. O exemplo a seguir foge à seara consumeirista. Imagine-se a hipótese de uma lesão corporal. Hodiernamente tal feito estaria na competência do Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95). Nesse tipo de procedimento há uma fase preliminar para possibilidade de conciliação entre o autor do fato (agressor) e a vítima. Não havendo acordo, ainda há a possibilidade de aceitação de proposta do Ministério Público. Não importa à hipótese o seguimento de um processo criminal. Pois bem, na hipotética audiência de conciliação,

²⁶² MARANHÃO, Clayton. *Tutela jurisdicional do direito à saúde*, p. 297.

²⁶³ Isso a partir do pressuposto que a vítima de um erro, por lógico, não exigiria daquele que errou a repetição da intervenção.

composição civil com a vítima, ou acordo com o Ministério Público, suponha-se que ao agressor lhe sejam ofertados três possíveis desfechos para reparar a lesão: indenização pecuniária à vítima, financiamento de um tratamento curativo à vítima, ou a compra de aparelhos médicos ao hospital da cidade.

Aceitando a primeira oferta, desde logo está afastada a vinculação ao direito à saúde, visto que puramente indenizatória a reparação.

No segundo caso, um jurista imaginário seguidor do pensamento de Clayton Maranhão, da reparação de danos com a tutela específica da saúde, poderia entender que há uma vinculação ao direito à saúde, visto que o agressor a estaria prestando na forma curativa. Essa hipótese se amolda ao exemplo trazido por Mateus em relação ao custeio de um tratamento da saúde em relação ao tabaco, o que leva a concluir que também entenderia que há uma vinculação do particular à saúde nesse caso.

No terceiro caso, a compra de aparelhos médicos ao hospital, um jurista contrário ao pensamento de Steinmetz²⁶⁴, poderia entender que se está prestando saúde, ou contribuindo para a prestação de saúde, já que mesmo não criando um hospital, o agressor está equipando-o.

No mesmo caso da lesão, o que pensar se o agressor fosse um profissional da saúde (médico, enfermeiro) que aceitasse uma possível proposta do Ministério Público de prestação de serviços à comunidade em seu ramo de atuação. Seria uma vinculação do particular ao direito à saúde?

Em uma mesma situação, várias obrigações diferentes. A primeira desde logo afastada. As demais, com base na analogia dos pensamentos de quem defende a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais, passíveis de serem entendidas como tal.

No entanto, existem argumentos que desvinculem os particulares da prestação de saúde. Primeiro, porque não se está –parafraseando Steinmetz – prestando a saúde ante esse direito fundamental social, mas sim em decorrência de uma agressão à saúde de outrem. Assim, violou-se a esfera defensiva do direito à saúde, e se está a reparar essa lesão. Não é pelo fato de optar por esse ou aquele desfecho que, ante o direito à saúde, se está vinculado a tal prestação. Vinculando o particular a um dos casos à prestação de saúde, e a outros não, teríamos entendimentos díspares em relação a um mesmo fato.

²⁶⁴ Lembre-se que Steinmetz é enfático ao afirmar que “os particulares não estão obrigados, ante o direito fundamental social à saúde, criar hospitais e postos ou ambulatórios de saúde nem pagar tratamentos médicos para outro particular”. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 279.

Por isso, não há uma vinculação natural ao direito à saúde. Não é ante o direito à saúde que o agressor, no exemplo, está obrigado a prestar saúde. Pode-se cogitar de uma vinculação para reparar um dano, no entanto, se trata de uma vinculação sanção, vinculação punição, decorrente de um ilícito, não fundamentado no direito à saúde como prestação.

Outro terreno fértil a controvérsias, se dá com relação aos planos de saúde, face às peculiaridades que cada situação pode apresentar. Sem adentrar aqui às especificidades do CDC, tampouco às possíveis formas de descumprimento de um contrato ou de abusividades²⁶⁵, lança-se uma perspectiva genérica, com apoio em alguns entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

Com a abertura da prestação de serviços de saúde à iniciativa privada, se têm os planos de saúde, que vieram a ter regulamentação específica através da Lei 9656/98. Essa lei trata da diversidade de aspectos que envolvem o contrato, entre outros, tipos de cobertura e obrigações da empresas. A lei submete o funcionamento e colocação dos serviços no mercado pelas empresas, ao crivo da Agencia Nacional de Saúde Suplementar-ANS.²⁶⁶ Assim, para que possam chegar ao mercado (a empresa e os serviços) é necessária autorização da ANS. Ainda, a ANS juntamente com o Conselho de Saúde Suplementar-CONSU, editam resoluções que regulam o mercado dos planos de saúde, as modalidades, as coberturas necessárias e tipos de planos que podem ser comercializados. Nota-se, portanto, que há alto grau de interferência estatal na matéria²⁶⁷. Inclusive, como se disse, os tipos de procedimentos a serem cobertos são definidos pela ANS, que, recentemente, estendeu a cobertura, sem acréscimo monetário, a tratamentos de ordem psicológica, contemplando a saúde mental. Estima-se que cerca de 48 milhões de pessoas sejam beneficiárias dos planos de saúde.²⁶⁸

Outrossim, os contratos de plano de saúde têm uma peculiaridade: são contratos para o financiamento de serviços em saúde. Em outras palavras, o contrato acaba sendo relevante por

²⁶⁵ Às diversas formas de tutela jurisdicional do consumidor, no caso específico da saúde, remete-se ao estudo de MARANHÃO, Clayton, Op. cit., p. 218 e seguintes.

²⁶⁶ ANS é o órgão estatal de regulação da saúde suplementar. Do site se extrai sua missão: “A ANS tem por finalidade institucional promover a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regular as operadoras setoriais - inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores - e contribuir para o desenvolvimento das ações de saúde no País”. Disponível em www.ans.gov.br.

²⁶⁷ Cf. SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*, p. 109. Nas palavras do autor: “Vale ressaltar que é o Conselho de Saúde Suplementar (CONSU) [...]o órgão que estabelece e supervisiona a execução de políticas e diretrizes gerais do setor de saúde suplementar, e que este órgão faz parte da estrutura regimental do Ministério da Saúde, sendo colegiado e formado pelos seguintes Ministros de Estado(...): Chefe da Casa Civil da Presidência da República (Presidente do CONSU), da Saúde, da Fazenda, da Justiça e do Planejamento, Orçamento e Gestão.”

²⁶⁸ Conforme dados da ANS, referentes a dezembro de 2007. Disponível em www.ans.gov.br.

duas razões em especial. Primeiro, em razão do caos enfrentado pelo sistema único de saúde, acaba levando boa parte da população a buscar complementação em saúde - com isso, coube ao Estado a interferência nos planos de saúde.²⁶⁹

Segundo, acaba se tornando - àqueles que possuem condições de contratar - uma alternativa ao Sistema Único de Saúde, a um custo infinitamente inferior ao que seria um mesmo serviço de saúde, sem apoio de qualquer plano²⁷⁰.

Ainda, um cliente de plano de saúde atendido em hospital público, abre espaço à análise do art. 32 da Lei 9656/98²⁷¹. O fato de haver uma obrigação de ressarcimento pela operadora do plano de saúde acaba potencializando uma vinculação da entidade particular (operadora do plano de saúde) a um possível ressarcimento caso haja algum evento danoso à saúde (hipótese de um erro médico)?²⁷² Por outro lado, com base no entendimento de Maliska, o ressarcimento aos hospitais públicos, em hipótese alguma, os autoriza a celebrar convênios com operadoras de planos de saúde. Poderia ser aberto um perigoso precedente, caso com fundamento no dever estatal de saúde, viessem os planos de saúde, atingidos por decisões que extrapolam a cobertura

²⁶⁹ Cf. PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direitos à saúde*, p. 113.

²⁷⁰ Não se pretende adentrar ao exame da espécie dos contratos de saúde, como contrato de seguro, apenas ressalta-se o debate, hoje aparentemente superado, o que torna a operadora e saúde co-responsável com os fornecedores direitos do serviço. Nesse sentido MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*, p. 479 e ss. A autora diante da superação do debate diz que, “Enquanto protegida pelo manto de contrato de ‘seguro saúde’, a aceitação da existência de uma obrigação conjunta de qualidade (leia-se, solidariedade) era mais comum entre médico e hospital, isto é, entre os fornecedores diretos dos serviços. Com a nova lei, a obrigação conjunta de qualidade-adequação (não existência de vício no serviço) e de qualidade-segurança, na terminologia de Antonio Herman Benjamin, isto é, de que não haja defeito na prestação e conseqüente acidente de consumo danoso à segurança do consumidor-destinatário final do serviço de saúde, é verdadeiro imperativo de qualidade (arts. 24 e 25 do CDC), que se expande para alcançar todos os que estão na cadeia de fornecimento, *ex vi*, arts. 14 e 20 do CDC, impondo solidariedade de todos os fornecedores da cadeia, inclusive das operadoras (parágrafo único do art. 7.º do CDC).(...) Em resumo, os contratos de planos e seguro-saúde são contratos de cativos de longa duração, a envolver por muitos anos um fornecedor e um consumidor, com uma finalidade em comum, que é assegurar para o consumidor o tratamento e ajuda-lo a suportar os riscos futuros envolvendo a sua saúde, de sua família, dependentes ou beneficiários”.

²⁷¹ Art. 32 da Lei 9656/98: “Serão ressarcidos pelas operadoras dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, de acordo com normas a serem definidas pela ANS, os serviços de atendimento à saúde previstos nos respectivos contratos, prestados a seus consumidores e respectivos dependentes, em instituições públicas ou privadas, conveniadas ou contratadas, integrantes do Sistema Único de Saúde – SUS”. Nesse ponto MALISKA, *Op. cit.*, p. 290-292.

²⁷² CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental a saúde*, p. 105. Diz a autora: Na hipótese de o consumidor sofrer dano material ou moral em decorrência da má prestação de serviço realizado por algum profissional da rede credenciada ou referenciada pela empresa de assistência à saúde –que pode ser um laboratório, uma clínica, um hospital -, ou sofrer dano resultante de outro fato qualquer –como por exemplo, a contaminação causada por falta de higiene nas instalações -, a operadora de assistência à saúde é responsável pela reparação do dano. Cabe, nesse caso, ação de regresso da operadora contra o prestador de serviço para ressarcir-se do que pagou a título de indenização; no entanto, perante o consumidor, é ela a responsável”.

contratada, exigir do Estado a correspondente indenização. Ou até mesmo livrar-se da imposição do art. 32 da Lei 9656/98, com base na responsabilidade do Estado de prestação da saúde.

Ainda em relação aos planos de saúde, os casos de maior repercussão judicial são em relação à limitação de internação (matéria inclusive sumulada)²⁷³, doenças pré-existentes, e serviços de urgência. Não raro, a jurisprudência estabelece ao plano de saúde a cobertura de algum tipo de serviço além do contratado. A isso, ressalte-se, as empresas argumentam em defesa, fundamentadas no aval da ANS quanto à elaboração do contrato e ainda, às determinações contidas na lei. Não cabe aqui essa análise, até porque se entraria em outros aspectos que não o objetivo do estudo, mas sim os fundamentos em que se baseiam os entendimentos.

Nesse sentido, cabe uma visão do entendimento jurisprudencial. Em decisão no STJ, o Ministro Aldir Passarinho Júnior, em que pese conceder a cobertura a um atendimento de urgência em um plano ainda em período de carência, o faz com extrema cautela. Em trecho de seu voto diz o Ministro,

Entendo que a cláusula que fixa a carência para certos tratamentos, em si, não é abusiva, porquanto não se afigura desarrazoada a exigência de um período mínimo de contribuição e permanência no plano de saúde para que o contratante possa fruir de determinados benefícios. As condições são voluntariamente aceitas, os planos são inúmeros e oferecem variados serviços e níveis de assistência médica, tudo compatível com a contraprestação financeira acordada e de conhecimento da pessoa que neles ingressam por livre escolha, salvo algum lapso ou vício existente no contrato, aqui não detectado pela instância de origem, soberana em seu exame. Todavia, a jurisprudência do STJ tem temperado a regra quando surjam casos de urgência de tratamento de doença grave, em que o valor da vida humana se sobrepuja ao relevo comercial, além do que, em tais situações, a suposição é a de que quando foi aceita a submissão à carência, a parte não imaginava que poderia padecer de um mal súbito.²⁷⁴

Alguns destaques merecem ser analisados: primeiro, a regra da urgência, plenamente prevista pela Lei 9.656/98; segundo, a não abusividade, por si só, da cláusula que impõe carência; terceiro, a fundamentação em acordo com o direito à vida. Embora o Ministro, adiante no voto, destaque o direito à saúde, o faz com nítida impressão de proteção da vida. Nessa, ou em outras decisões semelhantes, será sempre difícil a desvinculação dos direitos à vida e à saúde. O STF

²⁷³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 302 “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. Disponível em: www.stj.jus.br.

²⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 466.667/SP. Quarta Turma. Relator: Aldir Passarinho Júnior. Julgado em 27/11/2007. Disponível em: www.stj.jus.br.

inclusive tem entendido como direitos indissociáveis nesses casos²⁷⁵. Disso, diz-se tratar de uma prestação de saúde, ou com intuito de proteção da vida, de sua inviolabilidade?

Ainda, nessas decisões há forte incidência de proteção do consumidor em relação a um contrato. Some-se a isso o fato de o CDC tutelar a vida e a saúde do consumidor.

Assim, a utilização indiscriminada do direito à saúde nos contratos, pode colocar em risco o seguimento que hoje dá solução no campo da saúde a milhões de pessoas, podendo se dizer hoje essencial à garantia do mínimo em saúde. Bastaria contratar um plano de saúde e, depois, ir a juízo requerendo benefícios não contratados com base no direito à saúde. Isso geraria um desequilíbrio econômico e desvio da finalidade da cobertura de saúde, trazendo, em consequência, além do aumento nos preços, a liquidação de empresas.

Não se entra no mérito de que se deve ou não estender os serviços cobertos, mas se quer demonstrar a necessidade de se utilizar com reservas o direito à saúde, do contrário pode-se desvirtuar o sistema. Assim, diante da omissão estatal, os contratos serviriam para escapar das filas, utilizando-se do plano de saúde indiscriminadamente com o apelo em juízo do direito fundamental à saúde, que acabaria por sensibilizar o julgador.

Nesse sentido, pode-se fazer uma analogia ao pensamento de Ana Paula de Barcellos quando trata possibilidade de exigência judicial do direito à saúde não só frente ao Estado, mas também no caso de prestação por particular às expensas do Estado. Refere Barcellos que

o problema está em que, ao imaginar poder buscar, através do judiciário, toda e qualquer prestação de saúde, cria-se um círculo vicioso, pelo qual a autoridade pública exime-se da obrigação de executar as opções constitucionais na matéria, a pretexto de aguardar as decisões ou mesmo sob o argumento de que não há recursos para fazê-lo, tendo em vista o que é gasto para cumprir essas mesmas decisões judiciais.²⁷⁶

Outra situação: o plano não autoriza a realização de um exame de que necessita o contratante. Esse realiza o exame às suas expensas. Demanda em juízo a fim de obter o ressarcimento, onde obtém êxito. O ressarcimento dos valores seria comparável com uma prestação de saúde, ou com uma indenização pelo descumprimento do contrato?

Sobre os planos de saúde, ainda há os casos de concessão de liminares para atendimentos de urgência. Suponha-se a seguinte hipótese: o cliente de um certo plano de saúde recorre ao Poder Judiciário para que lhe seja concedido o direito de realização de uma cirurgia que a

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 393175. Relator Ministro Celso de Mello. Julgamento em 12/12/2006. Disponível em www.stf.jus.br.

²⁷⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 275.

prestadora de saúde se nega a cobrir. A liminar é concedida e a cirurgia realizada. No dia seguinte, a operadora do plano de saúde recorre da decisão liminar obtendo êxito, o que lhe dá o direito de não arcar com as despesas da cirurgia. De quem seria a responsabilidade com os custos de cirurgia? De qualquer dos particulares?

Mais um exemplo: suponha-se que uma pessoa necessite de atendimento hospitalar urgente. Batendo à porta do hospital mais próximo, um estabelecimento particular. Os proprietários estariam, pela especial condição de possuir um estabelecimento de prestação de saúde, vinculados ao atendimento? Ou atendimento dentre outras razões (salvar a vida do paciente) se dá para afastar a possibilidade de enquadramento no crime de omissão de socorro? Mais, não poderia o hospital privado exercer direito de regresso ao Estado, tendo em conta o dever estatal da prestação de saúde?

Não tem o estudo a pretensão de esgotar as possibilidades, mas apresentadas as hipóteses acima em torno do direito à saúde e as relações entre os particulares, algumas conclusões podem ser retiradas.

Parte-se da indissociável relação que é feita (e há) entre o direito à vida e o direito à saúde. Estão intimamente ligados, podendo-se arriscar que a inviolabilidade do direito à vida, passa pela prestação do direito à saúde. Aquele, precipuamente direito de defesa; este, prestacional. No entanto, é tênue, em uma decisão, a linha que os separa. Na verdade se confundem. Se houver um perigo à saúde, provavelmente se entenderá que a vida está em risco. A fundamentação da decisão, por certo, levará em conta esse aspecto, como nos exemplos vistos em relação aos planos de saúde, e a subjetividade de uma questão de emergência ou urgente, que enseja o afastamento da carência, terá o peso do comprometimento da vida e dificilmente deixará de ser atendida.

No entanto, entende-se que não foi esse o sentido que lhe deu a Constituição. Há, da análise dos dispositivos relacionados ao direito à saúde, a preocupação com a promoção de saúde, para uma melhor qualidade de vida, a prevenção de doenças (como prioridade, art. 198, inciso II), e a prestação das condições mínimas de assistência, o que vai ao encontro de uma vida com dignidade.

Diante disso, trilhar o caminho do mínimo existencial em relação à saúde, como fundamento a um litígio em relação aos planos de saúde, é trabalho penoso do que se ocupa Cibele Mateus. A autora o faz no sentido da insuficiência dos serviços postos à disposição de um

consumidor de plano de saúde, apresentando decisões que, no seu entender, corroboram com a tese; também fundamenta o entendimento na proibição de insuficiência da legislação que exclui cobertura a certas patologias, o que deve ser corrigido pelo Poder Judiciário.²⁷⁷

Como já alertado anteriormente, sobre os contratos de planos de saúde, incide forte regulação estatal. A lei determina quais coberturas devem ser ofertadas pelas operadoras de planos de saúde. Nesse sentido, a contratação de um plano de saúde, salvo melhor juízo, parece a busca pelas condições mínimas, tendo em vista a omissão do Estado. O indivíduo que possui alguma condição financeira para contratar um plano de saúde o faz, para livrar-se da dependência do Estado na promoção de saúde. Busca-se, como já se disse, um maior conforto, um pronto atendimento, um custo menor de tratamento, etc. Tudo isso pelo fato flagrante: o Estado não contempla sequer o mínimo que se poderia esperar.²⁷⁸ Àqueles que não possuem condições de contratar um plano de saúde, não lhes está sendo assegurado o mínimo a uma vida digna. Assim, se poderia dizer que a contratação de um plano de saúde busca a garantia, ao menos, da mínima prestação da saúde. Desta forma, em analogia ao ensinamento de Daniel Sarmiento²⁷⁹, como exigir do particular aquilo que é dever do Estado, que sequer oferece as mínimas condições em saúde. Mas, salvo algum desrespeito à lei e/ou ao contrato (caso em que se pode vislumbrar uma vinculação), o mínimo está assegurado. Barcellos utiliza as obrigações mínimas impostas às operadoras de planos de saúde, como parâmetro para o mínimo existencial a ser prestado pelo Estado nessa seara.²⁸⁰ No exemplo que traz, Mateus aduz a insuficiência do legislador, devendo o Poder Judiciário sanar o defeito do contrato de prestação de saúde que afrontou o mínimo existencial.²⁸¹ Assim, partindo-se da premissa de que a operadora de plano de saúde ofertou no mercado os serviços com base na legislação e com autorização dos órgãos fiscalizadores, ao ver o Poder Judiciário estender os serviços de cobertura, não caberia uma ação regressiva contra o Estado, para lhe repassar os prejuízos sofridos com a decisão, já que obedecidas as determinações impostas?

Como se vê muitas indagações afloram quando em debate o direito fundamental à saúde nas relações entre os particulares. No entanto, alguns pontos podem ser conclusivos. O principal

²⁷⁷ MATEUS, Cibele. Op. cit., p. 141-146.

²⁷⁸ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 276.

²⁷⁹ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 301-302. O autor entende que não se pode obrigar um particular a assumir um ônus do Estado. Assim, como exigir do particular obrigações que o Estado, mesmo tendo o dever, não cumpre?

²⁸⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 282-283.

²⁸¹ MATEUS, Cibele. Op. cit., p. 146. Registre-se que mesmo vinculando os particulares ao mínimo existencial, a autora reconhece como sendo obrigação primária do Estado (p. 146).

deles é que na função defensiva, o direito à saúde, não há como desvincular os particulares. De fato, assemelha-se nesse ponto aos clássicos direitos de defesa, que pressupõem a abstenção do Poder Público, e também dos particulares. Assim, Estado e particulares estão desautorizados a interferir no direito à saúde de outros particulares. Como exemplo disso, a decisão de interdição de estabelecimento em razão da poluição sonora:

EMBARGOS INFRINGENTES. MUNICÍPIO DE IMBÉ. POLUIÇÃO SONORA. VEDAÇÃO ACÚSTICA INSUFICIENTE. PROPAGAÇÃO DO SOM QUE CAUSA DEGRADAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. PROVA PERICIAL. - Prova pericial que comprova que a vedação acústica efetuada no estabelecimento réu é insuficiente para impedir a propagação do som, causando prejuízo à saúde e ao sossego público. Afronta à Resolução nº 001/90 do CONAMA, NBR 10.151/87, NBR 10.152/87, Decreto nº 23.430/74, e Lei Municipal nº 530/99. ACOLHERAM OS EMBARGOS INFRINGENTES.²⁸²

Também já se disse, que muitas dessas práticas correspondem a tipos penais. Então, se violada a esfera defensiva do direito à saúde, além dos aspectos penais, surgem os efeitos indenizatórios dessa conduta.²⁸³ Daí a questão: essa reparação, em tutela específica à saúde (pagamento do tratamento), - já que afastados outros tipos de indenização monetária ou em material – poderia ser considerada uma vinculação do particular ofensor à prestação de saúde ao ofendido? Até pode-se entender assim; no entanto, o interprete não pode esquecer que fora, primeiro, violado o direito à saúde, o que na verdade estaria representando uma reparação que enseja uma indenização. Aqueles que entendem esse caso como de vinculação do particular a prestação de saúde, devem considerar o fato de que é uma anterior agressão a este direito, a violação da esfera defensiva da saúde, que gera o direito à indenização.

De outra banda, quando não há contrato ou qualquer relação direta entre ofensor do direito à saúde e vítima, não há de se falar em vinculação ao direito à saúde.

Por isso, as relações que envolvem a contratação de planos de saúde inspiram redobrados cuidados. A primordial questão a ser tratada é que, na prestação de saúde, a operadora se obrigou a prestar serviços através do contrato. Portanto, ressalta-se, há obrigação da prestação de saúde. A uma primeira vista, aquilo que está contratado é respeitado pela operadora do serviço. Se o contrato é insuficientemente, é outra questão. Essa insuficiência, dadas as características da relação, reclama uma análise sob a ótica dos direitos do consumidor nos quais como se vê, há

²⁸² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Segundo Grupo de Câmaras Cíveis. Embargos Infringentes nº 70010706760, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 11/03/2005. Disponível em: www.tj.rs.gov.br.

²⁸³ SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. “Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações”, p. 38-39.

uma proteção estatal dada a presumida hipossuficiência do consumidor. Ainda, como se viu, há forte cuidado estatal nesse tipo de relação, legislação repleta de especificidades sobre a contratação, além de regulamentações administrativas impondo obrigações às operadoras. Então, o primeiro aspecto a ser invocado seria a possibilidade de insuficiência do contrato. O que já presumiria uma insuficiente regulação estatal. Num segundo momento, há outra atuação estatal, agora na proteção do consumidor. Não fosse a espécie de obrigação (a prestação de saúde) uma eventual lesão contratual, estaria com base no direito do consumidor solucionada. Se é que não está. Ressalta-se que o contrato já havia passado por uma regulação estatal (ANS), e incide sobre a relação, a proteção do consumidor²⁸⁴, que corresponde a um dever estatal (art. 5º, inciso XXXII, da CF/88). Assim, aqueles que entendem vinculáveis diretamente os particulares neste tipo de relação, têm a tarefa de afastar as demais teorias, em especial a teoria dos deveres de proteção, haja vista a legislação que protege os direitos do consumidor, e o controle estatal por órgão regulador (ANS).

No entanto, em uma hipótese se poderia aventar a vinculação entre os particulares da prestação de saúde: quando a operadora não dá cobertura a um atendimento disposto no contrato a que se obrigou. Aí sim, a imposição seria uma consequência daquilo que a operadora se comprometeu a prestar em saúde. Então, não sendo respeitados, ao menos os limites contratados, impõe-se uma decisão no sentido de vincular o particular à prestação de saúde.

2 O caso da moradia

Embora já houvesse manifestações na CF/88 do direito à moradia²⁸⁵, tal direito não fazia parte do texto original do art. 6º da CF/88, vindo a ser inserido através da Emenda Constitucional nº 26 de 15 de fevereiro de 2000, passados mais de 11 anos da promulgação da Constituinte. Desde então a moradia goza, expressamente, de status de direito fundamental.

²⁸⁴ Cf. MARQUES, Cláudia Lima. “Solidariedade na doença e na morte”, p. 188.

²⁸⁵ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 323, no qual entende haver desde antes da Emenda 26, um direito fundamental à moradia implícito.

Note-se, que ao contrário do direito à saúde e à educação, o direito à moradia não encontra dispositivos diretamente relacionados no corpo da Constituição. Talvez se deva o fato à incorporação posterior ao texto constitucional.

Como os demais direitos fundamentais sociais, a moradia reclama uma atuação positiva dos poderes públicos para que seja efetivado. Diz-se de prestações em duplo sentido: material e jurídica (medidas que promovam e protejam o direito fundamental).²⁸⁶ Interessa aqui o que repercute do direito à moradia entre os particulares.

Em ensaio sobre o direito à moradia, Ingo Sarlet, na análise da dupla perspectiva dos direitos fundamentais, defensiva e prestacional, genericamente identifica como destinatários as entidades estatais e também os particulares.²⁸⁷ Seguindo o texto, Sarlet especifica uma vinculação dos particulares ao direito à moradia, tanto na esfera defensiva²⁸⁸, como na esfera prestacional.²⁸⁹

Já se alertou alhures, que não há maiores problemas em se reconhecer uma vinculação dos particulares, aqui especificamente em relação à moradia, na sua função defensiva. Isso até pelo fato de constituir, em certos casos, um ilícito penal, como também de um dever geral de respeito ao direito de outrem, quando também se equiparam, os fundamentais sociais, a direitos defensivos tutelados pela própria Constituição.²⁹⁰ Isso também decorre do dever de proteção do Estado aos direitos fundamentais.

Exemplo clássico de defesa do direito à moradia é a impenhorabilidade de bem de família (Lei 8009/90) que, no entanto, encontra exceções na própria Lei. Isso manifesta a dificuldade no trato desse direito que encontra, como de resto qualquer direito, limites e restrições.²⁹¹

De fato, se de um lado se garante a moradia através da impenhorabilidade do bem destinado à residência da família, as exceções previstas acabam diminuindo essa garantia. Vê-se do art. 3º da Lei 8.009/90, sete incisos que correspondem a estas exceções.

Um exemplo da dificuldade no trato destas questões se dá nos exemplos trazidos pela doutrina de decisões que, em razão de garantir o direito à moradia, se entende impenhorável o

²⁸⁶ Cf. SARLET, Ingo. “*O direito fundamental à moradia na Constituição*”, p. 180.

²⁸⁷ Ibidem, p. 161.

²⁸⁸ Ibidem, p. 174.

²⁸⁹ SARLET, Ingo. “*O direito fundamental à moradia na Constituição*”, p. 179.

²⁹⁰ Exemplo disso, entre outros, é o inciso XI, do art. 5º: “a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito, ou desastre, ou para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial”. O que pode ser associado ao crime de violação de domicílio, do art. 150 do Código Penal.

²⁹¹ Para uma visão alongada dos limites e restrições dos direitos fundamentais, remete-se ao estudo de FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*.

bem de família do fiador que se obrigou em contrato de locação (inciso VII, do art. 3º da Lei 8.009/90).²⁹²

Em que pese as decisões apontadas, que garantiam a impenhorabilidade contra a disposição excepcional da Lei, nota-se atualmente, entendimento oposto no repertório jurisprudencial. Na oportunidade do julgamento de Recurso Extraordinário nº 407.688, o Pleno do STF firmou posição no sentido da possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contrato de locação: Nesse sentido:

EMENTA: FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República (RE 407688/SP- Recurso Extraordinário, Relator, Min. CEZAR PELUSO. Julgamento em 08/02/2006)

No Rio Grande do Sul, o Tribunal de Justiça tem adotado esse entendimento. A exemplificar:

EMENTA: FIADOR. LOCAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. EXECUÇÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA PELOS DÉBITOS DO AFIANÇADO. PENHORA DE IMÓVEL RESIDENCIAL. BEM DE FAMÍLIA. ADMISSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AO DIREITO DE MORADIA, PREVISTO NO ART. 6º DA CF. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, INC. VII, DA LEI Nº 8.009/90, COM A REDAÇÃO DA LEI Nº 8.245/91 Na esteira do posicionamento atual do supremo tribunal federal, a quem competente a guarda da constituição federal, a penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. RECURSO PROVIDO. (Recurso Cível Nº 71001517044, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Vivian Cristina Angonese Spengler, Julgado em 02/04/2008)

Essa divergência merece uma análise um pouco mais detida. Há algumas razões que devem ser exploradas pela riqueza de possibilidades.

Por oportunidade da decisão do Pleno do STF travou-se importante debate sobre a temática, digno de registros. O relator, Ministro Cezar Peluso, entende não violado o direito à moradia na possibilidade de penhora do bem de família do fiador locatício. Para o relator, o

²⁹² Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 293, e SARLET, Ingo. “O direito fundamental à moradia na Constituição”, p. 176.

direito à moradia está presente no incremento da oferta de imóveis à locação, tendo no locador – e na garantia que presta – figura essencial a esse tipo de relação. Ainda, a possibilidade da penhora do bem do fiador, está protegendo o direito à moradia do locador. Adiante no voto, julga que a exceção à impenhorabilidade pode ser vista como uma prestação (legislativa) do Estado para garantir maior contemplação de moradias, pois a fiança – e a possibilidade de execução dessa fiança – amplia o acesso à moradia dos “não proprietários”.

Já o Ministro Eros Grau entende que a norma que excepciona a impenhorabilidade não foi recepcionada pela Emenda Constitucional 26 que integrou, expressamente, a moradia aos direitos fundamentais sociais. Isso porque há quebra da isonomia, já que o fiador não estaria abarcado pela impenhorabilidade e, numa hipótese limite, o locatário inadimplente estaria, fundamentos seguidos pelo Ministro Celso de Mello.

Por seu turno, o Ministro Joaquim Barbosa entende em conflito dois direitos fundamentais: a moradia e a liberdade e autonomia da vontade expressas no contrato. Mais, se está diante de situação que envolve os direitos fundamentais nas relações entre particulares, questionando se nestas relações se aplicam, com o mesmo rigor, as limitações e obrigações impostas quando há o Estado num dos pólos da relação. Finalizando, Barbosa entende que deve prevalecer a autonomia da vontade, da liberdade, de livre contratar. No mesmo sentido, ressaltando que se trata de direitos fundamentais nas relações entre particulares, o que se amolda ao tema aqui analisado, é o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence.

Em obra específica sobre o tema, Eliane Aina destaca que com a inclusão dentre as exceções de impenhorabilidade da Lei 8.009/90 (penhorável portanto) do imóvel do fiador, “procurava-se, dessa forma, proteger o direitos de moradia dos locatários, sacrificando o direito de moradia dos fiadores.” Assevera ainda que, como medida drástica, passou-se a analisar outras opções para garantia do crédito.²⁹³

Note-se que, segundo esse entendimento, haveria uma colisão de um mesmo direito fundamental: a moradia.²⁹⁴ Ressalta a autora que essa vinculação dos particulares ao direito fundamental à moradia não pressupõe uma prestação, o que se estaria a discutir seria a defesa de dois direitos à moradia²⁹⁵. Daí, o caminho seguido pela autora para, ao final, entender

²⁹³ AINA, Eliane Maria. *O fiador e o direito à moradia*, p. 14.

²⁹⁴ Se de fato ocorrer isso, a solução seria buscada nas regras de ponderação, o que remete à obra já citada de STEINMETZ, Wilson. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*.

²⁹⁵ Cf. AINA, Eliane Maria. *Op. cit.*, p. 51.

inconstitucional o inciso VII, do art. 3º da Lei 8.009/90, pois uma das formas de dar-se imediata concretização à proteção constitucional da moradia seria proteger esse direito do fiador.²⁹⁶

Ao analisar os demais incisos desse art. 3º,²⁹⁷ Aina entende, excepcionados os incisos V e VI, como estando protegidos bens de, ao menos, igual essencialidade que a moradia.

Cuidando da penhorabilidade do bem de família do fiador, o que melhor atenderia ao direito à moradia seria a busca de outros meios de cobrança do crédito, mantendo-se a morada.

Esses entendimentos demonstram o quão difícil é a relação do direito à moradia com outros institutos, já que pode sofrer a ingerência de múltiplas situações, casos em que há autorização para violação do direito à moradia e até mesmo sua supressão. Exemplos disso são, entre outros, a possibilidade de desapropriação, desapossamento, colisão entre direitos à moradia.²⁹⁸

O entendimento de manter-se a moradia deve sobressair, ou seja, a proteção do direito fundamental à moradia a quem já detenha, como uma defesa, para que não seja violado.²⁹⁹ Disso, convém repisar, se pode concluir que há uma vinculação dos particulares a direitos fundamentais na esfera defensiva, como proteção da moradia a uma eventual ingerência.

Com relação à esfera prestacional, a questão não se mostra tão simples e a justiciabilidade, mesmo face ao Estado, traz maiores entraves que outros direitos. No entanto, Sarlet entende possível a vinculação dos particulares ao direito à moradia na função prestacional³⁰⁰.

Sarlet, manifestando-se sobre o usucapião constitucional (art. 183) e a moradia como requisito à aquisição da propriedade - que se daria frente a outro particular, neste caso o proprietário - diz que “de certo modo, poder-se-á até mesmo (e nos parece razoável este ponto de

²⁹⁶ Ibidem, p. 87.

²⁹⁷ Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato; III -- pelo credor de pensão alimentícia; IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar; V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar; VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens; VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação;

²⁹⁸ SARLET, Ingo. “*O direito fundamental à moradia na Constituição*”, p. 173- 174.

²⁹⁹ Nesse sentido, AINA, Eliane Maria. Op. cit., p. 125.

³⁰⁰ SARLET, Ingo. “*O direito fundamental à moradia na Constituição*”, p. 179.

vista) sustentar uma eficácia nas relações entre particulares da dimensão prestacional do direito à moradia”.³⁰¹ Dessa posição podem ser pinçados alguns detalhes que contribuem para o debate.

Primeiro, no trato da questão da perda da propriedade. Ao proprietário, com base na função social da propriedade, não é facultado negligenciar seu bem da vida, abandonando-o, sob pena de perda da propriedade, transferida a quem lhe dê melhor destinação.³⁰²

Aproxima-se do usucapião. Merece destaque esse instituto, até pelo entendimento esposado por Sarlet, no que é seguido também especialmente por Binotto³⁰³ e Sarmiento, sendo que esse, no entanto, não manifesta com clareza se trate de um direito prestacional.³⁰⁴

O usucapião é forma de aquisição da propriedade, mediante a posse prolongada e demais requisitos estabelecidos a cada espécie. É a transformação da situação de posse, vulnerável, em propriedade.³⁰⁵ Para que o possuidor ser torne proprietário, há necessidade de que a posse seja exercida com o *animus* de dono, além de contínua e incontestada.³⁰⁶

Sarlet, em relação ao conteúdo do direito à moradia, diz que “impõe-se o registro de que o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade (e do direito à propriedade)”, constituindo-se de um direito autônomo”.³⁰⁷

Desta forma, não parece desarrazoado entendimento que, no caso do usucapião constitucional urbano (art. 183) que tem como requisito a moradia, se esteja protegendo esse direito, ou seja, ao invés de um entendimento de que o particular (proprietário) esteja prestando o direito à moradia ao possuidor, na verdade se esteja defendendo o direito à moradia, que já possui, o posseiro.³⁰⁸ Estaríamos, portanto, ante uma situação defensiva do direito à moradia e não propriamente uma prestação desse direito fundamental. A essa idéia de que serve o usucapião para proteção e defesa da moradia, acrescente-se o entendimento de que o usucapião pode ser utilizado como matéria de defesa, em eventual ação reivindicatória.³⁰⁹

³⁰¹ Ibidem, p. 182.

³⁰² ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio*, p. 181-182.

³⁰³ Cf. BINOTTO, Eduardo. *Direito fundamental social à moradia*, p. 140.

³⁰⁴ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 291-292.

³⁰⁵ VENOSA, Sílvio. *Direito Civil*, p. 211

³⁰⁶ Ibidem, p. 213.

³⁰⁷ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 324.

³⁰⁸ Cf. AINA, Eliane Maria. Op. cit., p. 121. Ao que parece o entendimento da autora é nesse sentido e mais, se depreende que estando em conflito o proprietário e posseiro, deve-se proteger a moradia de quem efetivamente à tem no local, no caso o posseiro.

³⁰⁹ Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação Cível Nº 70017836123, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Pedro Celso Dal Pra, Julgado em 14/06/2007. Disponível em: www.tj.rs.gov.br

Ademais, seguindo-se os argumentos de Sarmiento que, sendo o Estado o destinatário primário dos direitos fundamentais sociais, mormente na função prestacional, não poderia se exigir do particular, eventualmente destinatário, “assumir um ônus que não pesa nem mesmo sobre o Estado”.³¹⁰ Assim, poderia se questionar a imprescritibilidade do § 3º, do art. 183 da CF/88, que veda a aquisição de imóveis públicos por usucapião. Ou ainda, a possibilidade de utilização desse fundamento como defesa por um particular demandado em ação de usucapião. Resta a questão: como entender um direito à prestação de moradia de um particular a outro, quando não existe essa possibilidade de “prestação” pelo Estado?

Situação mais complicada seria uma eventual colisão de direitos à moradia, onde há essa alegação de ambas as partes. Além da matéria probatória, faz-se necessária a ponderação no caso concreto. No entanto, salvo melhor juízo, se estaria defendendo ou protegendo o direito à moradia que predominou na decisão. Nesse sentido, por analogia, provavelmente Steinmetz diria que não estaria o particular obrigado a prestar o direito à moradia a outro, não estaria obrigado a construir habitações para outros particulares.³¹¹

A hipótese acima se assemelha a uma situação de invasão de terras, reivindicando a função social, bem com a moradia. De outro lado, o proprietário estaria, também, defendendo sua terra, requerendo a proteção da moradia. Via-de-regra, as decisões são no sentido de defender ou proteger o direito à moradia de quem a possui, no caso o proprietário, inclusive responsabilizando o Estado na falha do dever de proteção.³¹²

Nota-se que o assunto dá margem a uma diversidade de questões, principalmente pela quantidade de institutos envolvidos (propriedade, posse, usucapião, direito à moradia, etc) e, também, por envolver em grande parte dos casos, particulares em ambos lados da lide. Como se pode perceber, não há resistência em se vincular os particulares ao direito à moradia na sua função defensiva. Caso bem diferente é a prestação. Isso cabe ao Estado, na promoção de políticas de implementação de moradias, no financiamento a habitações e, no sentido de prestação jurídica, elaborar as normas que protejam e defendam o direito à moradia de violações.

³¹⁰ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p. 302.

³¹¹ Cf. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p.279, no qual se refere aos direitos à saúde e educação.

³¹² Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. Apelação e Reexame Necessário Nº 70018362483, Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 29/11/2007. Disponível em: www.tj.rs.gov.br.

3 O direito à educação

Foi a Constituição de 1934 a primeira a dedicar atenção à educação em diversos momentos³¹³, sendo seguida pelas demais Cartas Políticas, culminado com a educação como direito fundamental social disposto no art. 6º da CF/88.

Nesse ponto do estudo não será aprofundada a relevância do direito à educação como um direito dos mais importantes para o livre desenvolvimento da pessoa, sua inserção na sociedade, qualidade de vida, entre outros. Tampouco se fará uma investigação da diversidade de entendimentos sobre o que é educação, qual a melhor forma, etc.³¹⁴ Limita-se aos aspectos que podem ser relevantes ao estudo do direito fundamental à educação e nas relações entre particulares, para extrair daí possibilidades de investigação.

Nos termos da CF/88, a educação:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A uma mirada rápida no art. 205 da CF/88 se poderia argumentar que a indicação de um dever da família já vincularia, de certa forma, os particulares. No entanto, esse tema será tratado em item específico dedicado às relações de família. Por hora, serão analisadas situações em que não há relação entre familiares quanto ao direito à educação, situação que será retomada em momento oportuno.

O texto constitucional vai além (art. 208 no inciso I, no § 1º e no § 2º), dispondo sobre obrigatoriedade e gratuidade do ensino fundamental, que se trata de um direito público subjetivo e responsabilização das autoridades competentes pelo não oferecimento daquilo que é o mínimo que deve prestar o Estado em educação.³¹⁵

³¹³ Cf. POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial*, p. 67.

³¹⁴ Para um estudo detalhado sobre aspectos do direito fundamental à educação remete-se a obra de MALISKA, Marcos Augusto, *O direito à educação e a Constituição*.

³¹⁵ MALISKA, Marco Augusto. Op. cit., p. 222

Se se fosse aqui vincular o direito fundamental à educação ao mínimo existencial, ou mínimo para as condições de uma vida digna, estaria reduzida a possibilidade de vinculação dos particulares ao ensino fundamental.³¹⁶

O direito à educação assemelha-se ao direito à saúde, pelo fato de também ser livre à iniciativa privada, mas de acordo com as disposições constitucionais, com maior controle público.

Quanto à obrigatoriedade de prestação estatal do direito à educação, na verdade o descumprimento desse dever pelo Poder Público em relação à educação dos portadores de deficiência, manifestou-se Barroso: “o portador de deficiência terá sempre acesso à educação especial que, se não puder ser prestada através da rede regular de ensino, deverá ser prestada em qualquer escola disponível, ainda que privada, às expensas do Estado”.³¹⁷

No mesmo sentido, mas em relação a uma possível precariedade de escolas públicas no atendimento ao ensino básico, ou na falta de escola, Maria Lima não vê obstáculos para que seja realizado por entidade privada, com custos pelo Estado.³¹⁸

Da mesma forma entende Ana Paula de Barcellos, fundamentando seu entendimento no art. 213 da CF/88, aduzindo que sendo o Estado incapaz de prestar a educação fundamental, quer pela falta de vagas, quer pela ausência de escolas, cabe ao Poder Judiciário determinar que o Poder Público financie esse direito em instituição privada até que a Administração possa prestar o serviço.³¹⁹

Mesmo sendo prestada a educação por particular, nesses casos, por óbvio, não há que se falar em vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Corrobora com esse entendimento a posição de Barcellos em relação ao pagamento pelo Poder Público a uma escolar particular, como nos exemplos acima citados – na verdade a dificuldade de recebimento pela escola particular. Entende a autora que não se pode impor, sem lei que ampare, que o particular preste o serviço para um pagamento futuro, a menos que concorde com isso.³²⁰ Com esse posicionamento, Barcellos parece ser contrária a vinculação dos particulares ao direito à educação, já que tarefa do Estado.

³¹⁶ Nesse sentido, se amoldaria as palavras de SARMENTO: “Isso porque, se é o Poder Público o responsável primário pelos direitos sociais prestacionais, não se poderia obrigar de um particular, nesta matéria, a assumir um ônus que não pesa nem mesmo sobre o Estado”. Op. cit., p. 302.

³¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, p. 153-154.

³¹⁸ LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*, p. 36.

³¹⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Op. cit., p. 264.

³²⁰ *Ibidem*, p. 270.

Por outro lado, para Maliska “a possibilidade de dirigente de escola particular ser sujeito passivo de Mandado de Segurança decorre do melhor entendimento acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. Adiante no texto, o autor exemplifica os casos em que poderia a autoridade estar sujeita ao *writ*, “como o jubramento, a extinção de vínculo por ausência de matrícula, o indeferimento de transferência independente de vaga, a distribuição irregular de bolsas de estudo e outros”.³²¹

O autor, no entanto, não diz de que forma se dá a vinculação (se na função de defesa do direito à educação, ou de prestação), tampouco continua a explorar o tema. Limita-se a citar os casos em que vislumbra uma vinculação dos particulares ao direito à educação.

Esses exemplos são ricos ao tema: são situações de vinculação dos particulares ao direito à educação? Seria também exemplo de prestações em direito à educação a autorização de rematrícula, mesmo em débito com mensalidades, ou se poderia invocar a proibição de retrocesso a tais exemplos na melhor concepção dada por Canotilho, de que deve o Estado (leia-se, nesse caso, também o particular) se abster de atentar contra a realização dada ao direito social?

Por exemplo, no caso do inadimplemento das mensalidades, não seria ao particular vedado interferir na educação, não retroceder, e ainda, buscar pelos meios próprios a pecúnia suficiente?

O perigo da situação seria se os todos alunos realizassem a mesma conduta. Como poderia a entidade privada arcar com os custos da estrutura e manter o funcionamento. Melhor seria entender-se possível, com as devidas garantias, quando manifesta comprovação de impossibilidade financeira.

Mas, pergunta-se: a autorização de rematrícula, independente do pagamento, corresponderia a uma vinculação, no sentido prestacional, da educação pela entidade particular, ou a manutenção do *status quo*, que protegido se manifestaria na esfera defensiva?

Uma outra questão bastante debatida na jurisprudência se refere aos reajustes praticados por prestadoras de serviços de educação privadas. A limitação, quer do reajuste³²², quer de juros, a serem cobrados com apoio no direito à educação, seria com fundamento na vinculação de prestação da educação por particular, ou outra vez estaríamos incorrendo em relações de

³²¹ MALISKA, Marcos Augusto. Op. cit., p. 135.

³²² Nesse sentido: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. Agravo de Instrumento Nº 70012049508, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 22/09/2005. Disponível em: www.tj.rs.gov.br

consumo, nas quais a parte hipossuficiente é protegida contra abusos e seu direito acaba prevalecendo? Uma decisão que limite os juros, ou reduza em eventual cobrança, estaria condenando a uma prestação educacional?

Note-se, que a matéria já sofre regulamentação legislativa (hoje, Lei 9.870/99), o que indica uma preocupação estatal na proteção e defesa da educação.

Ainda uma última questão, referente aos cursos de extensão. Há uma proliferação deles. Pois bem, um curso que se compromete a ministrar um número “X” de disciplinas, mas acaba insuficiente: uma eventual decisão, condenando o curso a ministrar o restante das disciplinas estaria impondo uma prestação de educação, ou o cumprimento do prometido? Isso se enquadra no sentido de prestação da educação?

Por fim, um questionamento quanto a uma hipotética situação de reivindicação de melhorias na estrutura de uma universidade particular (melhores acomodações, computadores, acervo bibliotecário) feita pelo diretório de estudantes, seria uma obrigação à educação?

As questões em relação ao direito fundamental à educação, em razão da forte regulação estatal, inclusive nos critérios de avaliação, tornam o tema tormentoso em relação ao reconhecimento de uma vinculação entre os particulares. No entanto, ao que parece, não há obrigação de prestação de educação entre os particulares, mas sua proteção para melhor desenvolvimento, proteção da continuidade, o que leva ao entendimento de uma vinculação na esfera de defesa.

Isso, especialmente pelo fato de que a vinculação do Estado na prestação da educação se dá em relação ao ensino fundamental. Estender ao particular o que nem mesmo é obrigação do Estado, soaria em evidente contradição.

4 As relações de família

A família é uma daquelas instituições apontadas no início do estudo, como de absorção pela Constituição do direito civil, dando azo à chamada constitucionalização do direito.

Para se notar a devida importância da família, a Constituição lhe atribui como base da sociedade (art. 226). Dos dispositivos que seguem tem-se a constituição da família, bem como os deveres inerentes.

Em razão de ser constituída por particulares, principalmente nos casos em que dependem dos demais, como as crianças, adolescentes e idosos, nas relações de família não há maiores questionamentos quanto à possibilidade de vinculação desses particulares entre si, aos direitos fundamentais sociais, quer na função defensiva, como prestacional. No entanto, o terreno para questionamentos se dá na forma de incidência dessa vinculação.

Some-se a isso, a disposição do art. 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Segundo Maria Regina Muniz, especificamente em relação ao direito à educação, diz que a “célula básica da sociedade é a comunidade familiar-educadora”.³²³

Assim, mesmo que, como visto, o direito à saúde não inclua o dever da família, esse dispositivo dá a real dimensão da questão. Ainda, sobre a responsabilidade dos pais, diz Muniz que “é sob a guarda dos pais que é possível ministrar aos filhos uma educação integral, atendê-los nas suas necessidades básicas, como saúde, formação moral, religiosa e instrução etc”.³²⁴

Há no código civil ampla regulamentação sobre o direito de família, interessando os direitos e obrigações dali decorrentes.

Do direito aos alimentos provêm os recursos para que se atenda às necessidades daqueles que dependem desse auxílio. Aí há uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais (cuidados com saúde, alimentação, moradia), em especial o direito à educação, expresso no art. 1.694 do Código Civil.

Embora, como se anunciou, pacífico o tema, não está imune a alguns destaques relevantes. Assim, colocam-se duas questões: o alcance das obrigações de família e a questão da

³²³ MUNIZ, Maria Regina Fonseca. *Direito à educação*, p. 167-168.

³²⁴ MUNIZ, Maria Regina da Fonseca, Op. cit., p. 170.

família homoafetiva, já que a Constituição entende a família como as relações entre homem e mulher.

Desta forma, mesmo havendo decisões reconhecendo a união entre pessoas do mesmo sexo³²⁵, poderia ser questionada a constitucionalidade deste tipo de união, que venha a ter reflexos em relação aos demais familiares. Diz-se isso, principalmente, em razão da possibilidade de alimentos na dissolução da união homoafetiva.

Em relação às obrigações de família, do Código Civil podem ser destacados alguns aspectos quanto à extensão dessas obrigações, como o já citado art. 1.694 do CCB, do qual se destaca a parte inicial em relação à possibilidade dos alimentos, de onde se retira: “podem os parentes(...) pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem(..)”. Essa disposição, conjugada com os art. 1.591 e seguintes do CC induz a um amplo leque de possibilidades de pleito de alimentos. O art. 1.696 pressupõe o requerimento aos mais próximos. Da jurisprudência a obediência à regra:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIMENTOS. Os avós só estão obrigados a prestar alimentos ao neto se o pai deste não estiver em condições de concedê-lo, estiver incapacitado ou for falecido. Assim, a ação de alimentos não procederá contra o ascendente de um grau sem prova de que o mais próximo não pode satisfazê-la. Agravo provido. (Agravo de Instrumento nº 70005547047, 8ª Câmara Cível do TJRS, Redator: Des. Antônio Carlos Stangler Pereira, em 05/06/2003).

No mesmo sentido:

AÇÃO DE ALIMENTOS CONTRA OS TIOS PATERNOS. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Considerando os termos do art. 1696, do CCB, e em observação a Conclusão nº 44, do CETJRS, não tendo havido busca da obrigação alimentar perante os avós maternos, na ausência por morte do pai e dos avós paternos, descabe postulá-los junto aos tios, uma vez que o dispositivo legal mencionado determina que a obrigação seja postulada junto aos parentes de grau mais próximo, o que não restou provado nos autos. RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70016119125, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 21/12/2006)

Das decisões se depreende que havendo a possibilidade, os tios são chamados a prestar alimentos, consoante art. 1.697 do CC. Sendo os alimentos o suporte necessário para manutenção da vida, para as despesas com necessidades básicas, nota-se que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais pode extrapolar a esfera da relação pais e filhos.

³²⁵ Nesse sentido, RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. Sétima Câmara Cível. Apelação Cível nº 70012836755. Relator: Maria Berenice Dias. Julgado em 21/12/2005.

Aí um ponto de questionamento: a cláusula de extensão dos alimentos, extrapolando a esfera pais e filhos, teria o arrimo na ordem constitucional? Poderia ainda, se estendida essa obrigação a avós idosos, entrar em conflito com os direitos destes, também amparados pela Constituição.

Como se viu, somente o direito à educação é destinado expressamente à família. Sendo os alimentos, um montante para custeio de outros direitos fundamentais para uma vida digna, poderia se questionar a constitucionalidade da obrigação no que extrapole a educação.

Por outro lado, a preocupação na esfera penal do desamparo àquele que necessita, estampada no crime de abandono material do art. 244 do Código Penal.

Nesse sentido, há recentes e inovadoras decisões no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nas quais há manifesta preocupação em co-responsabilizar os familiares à prestação de saúde, juntamente com o Poder Público:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO (DIREITO À SAÚDE). FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO.

O dever familiar de auxílio e cooperação (cf, art. 229) impõe a investigação da possibilidade da participação da família no tratamento médico, antes de atribuir a integralidade da responsabilidade ao poder público. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. POR MAIORIA³²⁶

No voto, o relator Rogério Gesta Leal trata de um caso em que o Poder Público fora condenado em providenciar a internação, a pedido da genitora, de um jovem para tratamento de dependência química. O relator inicia discorrendo sobre a responsabilidade do Estado na prestação de saúde propondo, no seguimento do voto, uma leitura da co-responsabilidade da família, consubstanciada na promoção às crianças, adolescentes e idosos, bem como no dever de alimentos que devem ser prestados entre os familiares. Ainda, tece comentários à legislação do Rio Grande do Sul que estabelece como dever da família contribuir para a saúde, não sendo o Estado, o único responsável. Assim, entende o desembargador que cada um, Estado e família, devem cooperar na medida de suas possibilidades.

Mesmo que se entenda como possível a vinculação dos particulares a direitos fundamentais sociais, não se pode deixar de analisar algumas barreiras que podem interferir na eficácia desses direitos.

³²⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. Terceira Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70022041552. Relator: Rogério Gesta Leal. Julgado em 21/02/2008. Disponível em: www.tj.rs.gov.br.

Trata-se das condições econômicas para que sejam efetivados os direitos fundamentais sociais. A satisfação desses direitos pressupõe a existência de recursos materiais. Sendo o Brasil reconhecidamente um país onde há grave exclusão social, com milhões de pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza como se exigir de pais, nessa situação, a contemplação de direitos básicos aos filhos.³²⁷

É um forte argumento, que não pode ser desconsiderado quando da vinculação das relações de família aos direitos fundamentais sociais. Se não há recurso, não há como obrigar, sobretudo aos pais, quando já desatendidos pelo Estado.

Ademais, quando se entende que há nas relações familiares, a possibilidade de vinculação aos direitos fundamentais sociais, isso não pressupõe que sejam estendidas às demais relações entre particulares³²⁸. A relação familiar é especialíssima em relação às demais, por isso, possui traços específicos.

Da doutrina estrangeira, alguns exemplos servem, com pequenos ajustes, para construção de algumas hipóteses. Bilbao Ubillos traz o exemplo de um pacto entre cônjuges que estabelece ao marido o dever de residir em cidade diversa da mulher em caso de separação. Se, por qualquer razão, o marido vier a residir na mesma cidade, a mulher poderia exigir o cumprimento da cláusula, ou isso afrontaria o direito à moradia, que compreende também a liberdade na escolha do local a residir?³²⁹

A partir desse exemplo, outra situação pode ser pensada, e que traz conseqüências ao estudo dos direitos fundamentais sociais entre os particulares. Diz-se do caso de uma separação de corpos e o afastamento de um dos cônjuges da morada:

CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS. ANIMOSIDADE ENTRE AS PARTES. PEDIDO DE AFASTAMENTO DO VARÃO DA MORADA COMUM DO CASAL. 1. Demonstrado o mau relacionamento existente entre o casal, que vive situação de beligerância, narrando a mulher agressões físicas e verbais, inclusive na presença de filho menor, torna-se imperioso o afastamento do varão da morada comum. 2. Para a concessão de medida liminar, em sede de ação cautelar de separação de corpos, é desnecessária a cognição plena, sendo suficiente a razoável comprovação de que é fundado o temor da parte de sofrer agressão. Recurso provido.³³⁰

³²⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*, p. 282-283.

³²⁸ *Ibidem*, p. 282.

³²⁹ BILBAO UBILLOS, Juan María. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, p. 836. Registre-se que o autor apresenta a decisão dada ao caso, como de nulidade da cláusula (p. 836, nota de rodapé 886).

³³⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sétima Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 70023123086. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 28/05/2008. Disponível em: www.tj.rs.gov.br.

No caso concreto, nota-se o conflito entre o direito à saúde e à moradia, prevalecendo o primeiro. Mas será sempre assim? Imagine-se um casal em situação de miserabilidade, sem condições, qualquer dos cônjuges, de arcar com os custos de uma nova morada. Como decidir o caso?

Veja-se que nessas situações pode existir um conflito entre direitos fundamentais sociais, principalmente na esfera defensiva, de moradia e saúde. É no caso concreto que prevalecerá um ou outro direito.

Feitas algumas considerações gerais a respeito das relações familiares, importam alguns registros no que tange aos, assim entendidos, vulneráveis nessa relação. Trata-se, no sentido aqui abordado, das crianças e adolescentes e dos idosos. A Constituição Federal preocupou-se com esses dois grupos, destinando-lhes tratamento especial nos arts. 226 e seguintes.

O tratamento dispensado às crianças e adolescentes pela Constituição, demonstra a preocupação como sujeitos de direitos, indivíduos em formação, merecedores de toda proteção e prioridade.

Com relação ao direito de educação, disposto também como dever da família no art. 205 da CF/88, compreende-se a necessidade de que sejam dadas estas condições pelos pais. Afinal, é presumida a dependência das crianças e adolescentes para que se tenha oportunizado o acesso ao direito à educação, mais a garantia do suporte necessário, sempre que possível, para o desenvolvimento desse direito fundamental. Os direitos da criança e adolescente são preservados também pela Lei 8.069/90.

Por certo, a Constituição não se preocupou somente com a questão da educação em instituição de ensino, mas também em relação à formação das crianças, desenvolvendo todas as suas potencialidades para se tornar um cidadão, com princípios éticos e morais. Tão importantes essas que a própria escolaridade.

O dever dos pais de proporcionar educação aos filhos é preocupação não somente na esfera prestacional, mas também na defesa desse direito, tendo em vista os crimes tipificados no CP. Do art. 246 se extrai o crime de abandono intelectual³³¹, que pode ser conjugado com o art.

³³¹ Art. 246. "Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa".

55 da Lei 8.069/90 que determina a obrigatoriedade dos pais ou responsáveis de matricular filhos ou pupilos em instituição de ensino.

Embora tenha aparência de uma situação corriqueira, sem maiores problemas, um caso trazido por Bilbao Ubillos, reflete a possibilidade de conflitos nesta seara. É quando se está em jogo os interesses de pais e filhos no que tange a educação: os pais podem educar os filhos em acordo com suas próprias convicções religiosas e ideológicas, ou deve preponderar o interesse do filho, contrário ao do pai?³³²

Não se pode olvidar nesse caso, que a Constituição brasileira trata os interesses de crianças e adolescentes com absoluta prioridade. Isso poderia ser invocado pelo filho no conflito, já que o destinatário direto da educação.

Quanto aos idosos, além da Constituição, os direitos são garantidos pela Lei 10.741/03, sendo que há disposição semelhante de obrigação da família na implementação dos direitos fundamentais sociais. A lei confere ao idoso direito de atendimento prioritário em entidades privadas. Além disso há expressa previsão de alimentos ao idoso pela família, para atendimento de suas necessidades.

Com relação a isso Paulo Ramos, ao comentar o Estatuto do Idoso e a obrigação familiar de prestar alimentos, cita o exemplo de um idoso que mesmo com condições materiais para seu sustento, mas impossibilitado por aspectos físicos, não consiga se alimentar ou cuidar de sua alimentação e medicação. Diz o autor que “nesses casos, possuindo familiares, especialmente filhos em condições de ajudá-lo a suprir a carência de recursos necessários ao seu bem-estar, poderá exigir desses familiares a ajuda necessária através de uma ação de alimentos”.³³³

Em ensaio no qual analisa a dignidade do consumidor idoso e o acesso aos planos de saúde, Cláudia Lima Marques registra que “as ações positivas do Estado para manutenção da saúde do idoso não são muitas e a tendência de recorrer ao setor privado é forte”.³³⁴

Relativamente ao direito à saúde dos idosos Paulo Ramos também tece alguns comentários, especialmente em relação aos planos de saúde, sobre o quais, já se viu, há algumas vozes que entendem vinculados os particulares. O autor refere-se à norma legal do Estatuto do

³³² BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, p. 840. Sinala-se que o autor admite a vinculação dos particulares em relação à educação em centro de estudos privados (p. 836).

³³³ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Estatuto do idoso*, p. 21. Em virtude do art. 229 da CF/88, entende o autor que poderiam ser pleiteados alimentos, desde então.

³³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. “Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de ‘ações afirmativas’ em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso”, p. 195.

Idoso que proíbe a discriminação do idoso nos preços pagos aos planos de saúde mesmo que a intenção do dispositivo seja o de evitar abusos em relação aos valores da prestação, entende inconstitucional a igualdade de preços com outras faixas etárias pois, na verdade, a realidade indica que é na velhice que mais se utiliza os serviços de saúde. Por isso, deveriam os idosos pagar mais, sob pena onerar excessivamente as demais faixas etárias.³³⁵

Em contraponto a isso há previsão de desconto aos idosos na faixa de 50%, conhecido como meia-entrada, que propicia o acesso facilitado a outros direitos fundamentais sociais, como cultura e lazer, que embora não sejam objeto da investigação, podem servir de referência a outros direitos fundamentais. Nesse sentido, Naide Pinheiro entende a imposição de desconto apenas ao Poder Público, único destinatário da norma. Assim, mesmo que grande parte da promoção de tais eventos seja do setor privado, não obriga aos particulares a concessão de descontos. Ao final, em aparente contradição, questionando sobre a inconstitucionalidade do dispositivo, a autora afasta o argumento da lesão à livre iniciativa, entendendo constitucional o desconto, que deve ser compensado no preço dos demais participantes do evento.³³⁶

³³⁵ RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. Op. cit., p. 24.

³³⁶ PINHEIRO, Naide Maria. *Estatuto do idoso*, p. 37.

CONCLUSÃO

De todo o analisado retiram-se as seguintes conclusões:

Em relação à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais:

Não há espaço atualmente para uma negação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares. Isso, dentre outras razões, pela supremacia da Constituição e em especial nesta, a preeminência dos direitos fundamentais, erigidos a cláusulas pétreas. Ainda, a constitucionalização de temas originários de direitos privado, afeitos à relação entre particulares, faz com que devam ser interpretados em harmonia com as demais disposições constitucionais, sobretudo aos direitos fundamentais.

Em relação às teorias apresentadas, a opção rígida por esta ou aquela tem sido abrandada com razão pela doutrina. Ainda que a tendência, com a qual concorda-se, seja pela teoria da aplicação direta, não há como negar a utilidade das demais frente a um caso concreto. E mais, há muitas questões que se encontram amplamente regulamentadas por normas infraconstitucionais, que não podem ser afastadas, a menos que conflitem com a Constituição.

Assim, como é a intenção de vincular os particulares aos direitos fundamentais buscando-se igualdade, o respeito dos particulares entre si, a proibição de abusos e minimização da superioridade dos poderes privados, não se pode olvidar que nessa relação ambos são titulares de direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos. Desta forma, além da convivência harmônica entre as teorias, se está a tratar de colisão o que enseja a ponderação ao caso concreto.

No que tange aos direitos fundamentais sociais e as relações entre particulares:

Contrariamente às normas de direito privado, e afastados na sua origem das relações entre os particulares, os direitos sociais nascem nas próprias ordens constitucionais, o que os difere, de início, do direito privado constitucionalizado.

Mesmo se tenha conhecimento que boa parte da doutrina entenda que, e com isso se concorda, os direitos sociais são direitos fundamentais, diferenciações devem ser feitas – até pela própria origem. Se há diferenças entre os próprios direitos fundamentais sociais, o que se dizer destes com os fundamentais clássicos, principalmente quanto aos destinatários.

Assim, salvo aquelas situações relacionadas à família (relações especialíssimas por natureza), e outras exceções apontadas, não há como se estender a vinculação dos particulares aos demais casos que estejam envolvidos direitos fundamentais sociais na função prestacional. Há fórmula para solução que não a vinculação dos particulares, até porque, entende-se, que não é ante os direitos fundamentais sociais, que sejam estabelecidas obrigações aos particulares.

Se quer dizer com isso, até para evitar situações absurdas como bem observou Steinmetz, que invocar a prestação de um direitos fundamental social por outro particular pode se estar enveredando por um perigoso caminho, podendo culminar com o descompromisso do Estado, já omissio. Isso tendo em vista situações em que, na ausência do Estado, particulares tomam a posição de prestadores e dessa condição se favoreçam, mesmo à margem da lei. Diz-se isso, como exemplo, em relação a traficantes que assumem as funções do Estado na localidade em que habitam, tornando-se “quase-deuses” para aqueles que auxiliam.

Portanto, há caminhos para a solução de casos entendidos pela doutrina como de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais, sem a invocação destes. Se diz principalmente das relações de consumo. Note-se que à maioria dos casos basta o socorro ao Código de Defesa do Consumidor. Podendo-se entender que ao proteger o consumidor de abusos dos poderes privados, reconhecida pela posição vulnerável daquele, se está buscando a igualdade (que pode ter como pano de fundo, diversos direitos, inclusive sociais, em especial as relações

contratuais) inserindo-se na vinculação dos particulares a direitos fundamentais de liberdade e igualdade.

Assim, em relação aos direitos fundamentais sociais há primeiro o dever de respeito (direitos de defesa, negativos) pelos particulares entre si, conjugado com o dever de proteção do Estado. Pode-se falar, então, que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais sociais esteja manifesta na esfera defensiva. Quanto à eficácia na esfera prestacional, restrita aos casos excepcionados no estudo, com a devida mediação legislativa, somada ao dever de proteção do Estado.

Referências

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- AINA, Eliane Maria. *O fiador e o direito à moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- _____. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- _____. Interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. In: TORRES, Ricardo Lobo.(Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 95-116.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 3 ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARONNE, Ricardo. *Propriedade e domínio: reexame sistemático das noções nucleares de direitos reais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134.
- BIDART, Germán Campos. *Teoría General de los derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea, 1991.
- BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

_____. ¿En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 229-338.

_____. *Los derechos fundamentales en la frontera entre lo público y lo privado (la noción de state action en la jurisprudencia norteamericana)*. Madrid: Mc Graw-Hill, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Aspectos de Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: www.stf.jus.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2006.

_____. A influencia dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 223-244.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5ª ed., Almedina, 2002.

_____. Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: SARLET, Ingo. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 339-357.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. Civilização do direito constitucional ou constitucionalização do direito civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In: GRAUS, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago. (Org.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 108-115.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. O desafio da efetividade dos direitos fundamentais sociais. In: *Revista da Academia Brasileira de Direitos Constitucional*. Curitiba, nº 3, p. 289-300, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Brasília: Senado Federal, 2004

CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA. Disponível em: www.parlamento.pt.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental a saúde: evolução, normatização e efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIMOULIS, Dimitre; MARTINS, Leonardo. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais: problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição Brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 203, v. 1, p. 1-10, jan./mar, 1996.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

GALDINO, Flávio. O custo dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 209-292.

GUASTINI, Riccardo. A constitucionalização do ordenamento jurídico e a experiência italiana. In: NETO, Cláudio Pereira Souza; SARMENTO, Daniel. (coord). *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 271-293.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 11-60.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da Republica Federal da Alemanha*. 20 ed. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LIMA JÚNIOR, Jayme Benvenuto. *Os direitos humanos econômicos, sociais e culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. *O direito à educação e a Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

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

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de 'ações afirmativas' em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 185-222.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 61-85.

MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. 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.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 2 ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais, tomo IV*. 2 ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

MUNIZ, Maira Regina Fonseca. *Direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais: Uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. *Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista*. Passo Fundo: UPF, 2003.

PINHEIRO, Naide Maria. *O estatuto do idoso*. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. (Org.). Florianópolis: Obra Jurídica, 2005.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. *Direito à educação: controle social e exigibilidade judicial*. São Paulo: ABC, 2005.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Direitos fundamentais sociais: considerações acerca da legitimidade política e processual do Ministério Público e do sistema de justiça para sua tutela*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006.

_____. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. (Org.). *O estatuto do idoso*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2005.

REIS, Jorge Renato dos. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais nas relações interprivadas: breves considerações. In: LEAL, Rogério Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (Org.). *Direitos Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005. t. 5, p. 1.497-1.514.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. Disponível em: www.tj.rs.gov.br.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-54.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. In: SARLET, Ingo. (Org.). *O direito público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 129-173.

_____. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988. *Direito e Democracia*, Canoas, n. 1, v. 3, p. 83-104, 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. (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551- 602

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação aos particulares dos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo.(Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 107-163.

_____. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. *Arquivos de direitos humanos*, n. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 137-191.

SCHÄFER, Jairo. *Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SCHWARTZ, Germano. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHWARTZ, Germano; GLOECKNER, Ricardo. *A tutela antecipada no direito à saúde: a aplicabilidade da teoria sistêmica*. Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

_____. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, ESDC, n. 5, p. 205-215, 2005.

STRECK, Lênio. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo; TIMM, Luciano Benetti. (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 55-68.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo. (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 239-252.

_____. A metamorfose dos direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 1-46.

VALE, André Rufino do. *Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor: 2004

VENOSA, Silvio. *Direito Civil: direitos reais*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1990.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)