UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS - CCSA
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

JAIRO NÉIA LIMA

DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO SOCIAL E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES SOB A PREMISSA NEOCONSTITUCIONAL

JACAREZINHO/PR
2011

JAIRO NÉIA LIMA

DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO SOCIAL E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES SOB A PREMISSA NEOCONSTITUCIONAL

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do *Campus* de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.
Orientador: Professor Doutor Eduardo Cambi

JACAREZINHO/PR
2011

JAIRO NÉIA LIMA

DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO SOCIAL E A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS PRESTACIONAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES SOB A PREMISSA NEOCONSTITUCIONAL

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná, na área Função Política do Direito.

Banca examinadora:

_____
Presidente: Professor Doutor Eduardo Cambi

_____
Membro: Professor Doutor Maurício Gonçalves Saliba

_____
Membro: Professora Doutora Katya Kozicki

_____
Coordenador do Curso: Professor Doutor Vladimir Brega Filho

Jacarezinho/Pr, 23 de setembro de 2011.

Dedico esse trabalho àqueles que, por serem vítimas de processos excludentes, são impedidos de ter acesso a qualquer forma de conhecimento .

A gratidão revela o reconhecimento de que não se está só nesse mundo, em razão disso, reputo imprescindível lançar meus agradecimentos.
A Deus, pela vida e força.
Aos familiares, em especial meu avô, pelo entusiasmo, atenção e esforços a mim dedicados.
Ao Professor Dr. Eduardo Cambi, pessoa por quem sempre tive admiração, agradeço pela orientação e acolhida do tema.
Ao Professor Dr. Vladimir Brega Filho pelo incentivo, amizade e confiança construídos desde a graduação, os quais se consolidaram com o tempo de convívio acadêmico.
Aos professores que tiveram contato com o trabalho e colaboraram para seu aperfeiçoamento: Dr. Reinéro Antônio Lérias, Dr. Maurício Gonçalves Saliba e Dra. Katya Kozicki.
À Coordenação, aos professores e à secretária Natalina, integrantes do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP, por dedicarem horas de suas vidas na melhoria constante do curso.
Aos amigos que estiveram próximos nesses últimos tempos e àqueles que, mesmo com a distância geográfica, permaneceram como se jamais tivessem partido.
Por fim, aos colegas da turma de Mestrado pelas trocas de ideias e pelas amizades que ficaram (dentre elas, Tatiana Cosate). E, também, pelas parcerias acadêmicas com Vinícius J. Corrêa Gonçalves, Pedro Gonzaga Alves, João Carlos Carvalho da Silva e Mayara A. Souza Pegorer.

“Estar excluído não é o mesmo que ser explorado. Ser explorado é uma dialética; sem explorado, não existe o explorador, sem dúvida. Mas, o excluído não é necessário para o incluído. O incluído não necessita do excluído. O excluído perturba; é alguém que está demais, alguém que nasceu errado, que é descartável”.

Eugenio Raúl Zaffaroni

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

LIMA, Jairo Néia. Direito fundamental à inclusão social e a eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais nas relações entre particulares sob a premissa neoconstitucional. 2011. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Centro de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho – PR.

RESUMO

O presente trabalho analisa inicialmente as formas pelas quais o fenômeno da exclusão social se manifesta. Nesse sentido, faz a abordagem da exclusão sob o ponto de vista dos países que atingiram um patamar de desenvolvimento social e também sob a óptica daqueles Estados que não tiveram o mesmo caminho. Além disso, aponta uma crítica filosófica a respeito da lógica capitalista da exclusão social com base nas lições de Enrique Dussel. A pesquisa faz uma análise do art. 5º, § 2º da Constituição Federal que permite a possibilidade de surgimento de novos direitos fundamentais com base nas necessidades sociais que vão se mostrando merecedoras de proteção com o tempo. Desse modo, demonstra-se a possibilidade jurídica do reconhecimento desse novo direito fundamental, qual seja, o direito fundamental à inclusão social, pois implícito no texto da Constituição. Após, o trabalho apresenta o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Fundamenta-se essa eficácia a partir da investigação em torno do neoconstitucionalismo e do seu potencial transformador do ordenamento jurídico bem como da concepção objetiva dos direitos fundamentais. Discute-se, nesse ponto, as principais teorias que explicam esse fenômeno. No terceiro capítulo, é feita uma demonstração da ligação entre o direito fundamental à inclusão social e os direitos sociais, em razão dos fins comuns a ambos. Aponta-se a necessidade de que a eficácia horizontal dos direitos fundamentais também atinja os direitos sociais, principalmente aqueles que se consubstanciam em uma atuação positiva. Argumenta-se também que não há obstáculo constitucional para que os direitos fundamentais atinjam a esfera privada, tanto por meio da teoria da eficácia indireta como da direta. Como contraponto, o trabalho aborda a proteção constitucional dada à autonomia privada e sua possível relativização em prol de outros valores, em especial, os direitos fundamentais sociais. Por fim, conclui pela possibilidade dessa eficácia horizontal e traz alguns parâmetros para guiar a resolução dos conflitos dos casos concretos.

Palavras-chave: Direito fundamental à inclusão social. Eficácia entre particulares. Neoconstitucionalismo. Direitos fundamentais sociais. Autonomia privada.

LIMA, Jairo Néia. The fundamental right to social inclusion and the positive social rights effectiveness in the relationship between individuals under a neoconstitutional perspective. 2011. Dissertation (Master in Juridical Science). Northern Parana State University Law School (UENP), Jacarezinho – PR.

ABSTRACT

This paper initially analyzes the ways which the social exclusion phenomenon is manifested itself. Therefore, there is an approach about the exclusion in high level social development countries and in the ones which are not in this development level. Besides, it shows a philosophical critic about the social exclusion capitalist logic based on Enrique Dussel's studies. This research analyzes the article 5º, § 2 of the Federal Constitution which allows possible new fundamental rights based on social needs that deserve protection according to our time. In this way, it reveals the legal possibility of this new fundamental right acknowledgment, like that, the social inclusion fundamental right, included in the Constitutional text. Moreover, this study shows the horizontal effectiveness phenomenon of the fundamental rights. This effectiveness is based on the investigation about the neoconstitutionalism and its transforming potential of the legal system and the fundamental rights objective conception. It is argued, in this point, the main theories which explain this phenomenon. The third chapter demonstrates the connection between the fundamental right to social inclusion and social rights, because of their common purposes. It emphasizes the need for horizontal effectiveness of fundamental rights that also achieves social rights, especially the ones which become positive actions. Furthermore, it is studied that there is no constitutional obstacle to achieve the fundamental rights of the private groups, through both indirect effectiveness theory and direct one. On the other hand, this essay entails the constitutional protection of the private autonomy and its possible relativization due to other values, mainly the fundamental social rights. In conclusion, this horizontal efficiency is possible and it brings about some parameters to guide the dispute resolution.

Key-words: The fundamental right to social inclusion. Effectiveness in the relationship between individuals. Neoconstitutionalism. Social fundamental rights. Private autonomy.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 10

1 – DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO SOCIAL 13

1.1 O fenômeno da exclusão social e o resgate da cidadania perdida 13

1.2 Exclusão social no Brasil: exclusão pelo *não ser* 23

1.3 Crítica à lógica da exclusão 30

1.4 Cláusula de abertura: artigo 5º, § 2° da Constituição Federal 40

1.5 Direito fundamental à inclusão social 47

2 – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS 52

2.1 – Neoconstitucionalismo como premissa teórica 58

2.1.1 Dupla dimensão dos direitos fundamentais 70

2.2 Teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares 77

2.2.1 Teoria da eficácia indireta 77

2.2.2 Teoria da eficácia direta 81

2.2.3 Outras construções teóricas 83

2.3 Soluções diferenciadas 88

3 – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES 92

3.1 – Direito fundamental à inclusão social e direitos sociais 93

3.2 Direitos sociais prestacionais e relações privadas 103

3.2.1 Eficácia indireta e direta dos direitos sociais prestacionais 110

3.3 Tutela da autonomia privada em uma ordem neoconstitucional 116

3.4 Critérios para a solução do conflito 124

CONSIDERAÇÕES FINAIS 132

REFERÊNCIAS 136

INTRODUÇÃO

Atualmente, o fenômeno da exclusão social tem alcançado destaque no cenário político brasileiro, principalmente nos últimos dez anos, em razão do desenvolvimento de programas sociais voltados para realizar a promessa de "inclusão social". Nesse contexto, ouve-se o discurso comum de pagar uma dívida social histórica a parcelas expressivas da população. Digno de nota é a edição da Lei nº 12.073/09, que instituiu o dia 10 de dezembro como o Dia da Inclusão Social. Essa lei tem como objetivo mobilizar a discussão em torno dos mecanismos possíveis para a construção da cidadania. De fato, essa preocupação, ainda que tardia, tem possibilitado que o montante destinado a esses programas seja cada vez maior, atingindo um número elevado de famílias em situação de miserabilidade. No entanto, questiona-se até que ponto essas medidas assistenciais acarretam verdadeiramente a inclusão social. Para se chegar a essa resposta, é preciso investigar o conceito de exclusão social. Tal tarefa é empreendida no primeiro capítulo desse trabalho.

Por encobrir fenômenos heterogêneos, faz-se necessário o entendimento das especificidades dos processos sociais capazes de gerar a exclusão. Para tanto, a primeira abordagem vincula-se à noção de exclusão, nas realidades de industrialização mais antiga, ou seja, os países que alcançaram um desenvolvimento econômico mais expressivo em relação àqueles que ainda caminham no sentido de aumentar a sua produção econômica e distribuir os frutos dessas conquistas. Essa abordagem tem por objetivo o levantamento de argumentos para verificar a possibilidade do surgimento de um direito voltado para a tutela da inclusão social.

Em um Estado de Direito, o surgimento de novos direitos relaciona-se às necessidades básicas da sociedade, e, em razão da sua importância, são incorporados ao patrimônio jurídico dos indivíduos, por meio da positivação em textos legais. Dessa maneira, o conjunto protetivo que os direitos representam sempre está aberto em face das ameaças que se renovam de tempos em tempos. No âmbito dos direitos fundamentais, originariamente, a proteção se deu em face das possíveis violações exercidas pelo Estado, haja vista que a consagração de tais direitos ganhou destaque após o período do Estado Absolutista, que se caracterizava pelas ações que extrapolavam os limites da razoabilidade.

Tal concepção predominou no âmbito do direito constitucional de forma a manter os direitos fundamentais como trincheira em face do poder estatal.

Todavia, há um crescimento constante das necessidades sociais merecedoras de tutela, em razão da pulverização das formas de violação à dignidade humana. Aliado a esse fenômeno, encontra-se o problema da ausência de condições mínimas para a sobrevivência digna, resultado da miséria e desigualdade que imperam em países como o Brasil. Trazer respostas a essa problemática, em forma de proteção jurídica, vai além do esforço argumentativo e da disposição de recursos financeiros, já que a concepção estatal dos direitos fundamentais ainda coloca como obrigação exclusiva do Estado a concretização de direitos que tenham o condão de erradicar a pobreza humana.

Dentro desse contexto, o primeiro capítulo do trabalho busca demonstrar se, nos limites da Constituição Federal de 1988, é possível o reconhecimento de um direito fundamental voltado essencialmente para a tutela das situações de exclusão social, ou seja, a possibilidade de emergência de um direito fundamental à inclusão social.

Ocorre que essa análise não é o objetivo último do trabalho. A pesquisa que ora se apresenta tem como problema central o questionamento em torno de possibilidade de a tarefa inclusiva não conseguir alcançar plenamente os seus objetivos se o responsável por ela for unicamente o Estado. Isso porque que as violações aos direitos mais essenciais se multiplicam na esfera não somente estatal, mas principalmente no âmbito privado. Nesse sentido, tem-se como escopo principal encontrar instrumentos jurídicos aptos a fundamentar a eficácia da inclusão social por parte dos agentes privados, principalmente por aqueles dotados de expressivo poder econômico.

Desse modo, na busca por respostas que elucidem o problema, no segundo capítulo debater-se-á a teoria que envolve a concretização dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre particulares, também denominada de “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. Para fundamentar essa ampliação dos direitos fundamentais para além das obrigações estatais achou-se por bem investigar a concepção contemporânea do constitucionalismo, qual seja, o neoconstitucionalismo. Com efeito, esse fenômeno tem servido para demonstrar uma característica transformadora do direito constitucional, no entanto, é preciso que se tome o fenômeno em si como objeto de estudo para poder encontrar, com segurança, os seus múltiplos resultados na ordem jurídica.

No terceiro capítulo, elabora-se uma análise do direito fundamental à inclusão social, bem como dos direitos sociais, buscando-se um ponto em comum entre tais direitos. Para tanto, investiga-se a gênese e o desenvolvimento da doutrina dos direitos

fundamentais sociais. Em relação a esses direitos, o trabalho busca avançar na discussão da teoria da eficácia horizontal, para poder demonstrar os efeitos dessas normas nas relações privadas, principalmente quando dotadas de caráter prestacional. Tal enfoque importa na medida em que não se tem tratado dessa temática no âmbito doutrinário brasileiro com a mesma frequência com que se analisa a eficácia horizontal dos direitos denominados de primeira geração. Por meio dessa investigação, enfrenta-se a indagação inicial da pesquisa, qual seja, se há possibilidade de que os particulares sejam, de alguma forma, responsabilizados/obrigados na tarefa da efetivação de direitos fundamentais que tenham a potencialidade de diminuir a desigualdade e realizar a inclusão social.

Ressalta-se que, o trabalho tem a preocupação constante de aproximar a potencialidade normativa do direito constitucional à realidade social brasileira, ainda excludente, com vistas a proporcionar subsídios para se pensar a construção da cidadania para os que, até agora, encontram-se marginalizados.

Por fim, para se alcançar respostas, ainda que provisórias, a pesquisa traz, com base principalmente em fontes bibliográficas, argumentos que servem de contraponto à ideia defendida, principalmente às questões relativas à autonomia privada e aos critérios para solucionar os conflitos de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Saliente-se que o campo sobre o qual a temática se desenvolve é fértil. Há necessidades importantes da coletividade sobre as quais o direito ainda não alcançou a tutela efetiva. Em razão disso, o caminho proposto é apenas uma das possíveis formas de se denunciar uma situação de insatisfação pela forma descartável com que o ser humano vem sendo tratado. Em que pese o valor da voz provocante quando das violações aos direitos, o texto tem o compromisso de demonstrar que, por meio de um direito constitucional transformador, é possível uma sociedade mais humana.

1 – DIREITO FUNDAMENTAL À INCLUSÃO SOCIAL

O discurso inclusivo que tem, contemporaneamente, recebido cada vez mais atenção do Direito volta-se à efetivação dos direitos fundamentais como instrumento de realização da inclusão social. O que se nota, no entanto, é a ausência de uma investigação mais detida a respeito desse fenômeno. Com base nessa premissa, o presente trabalho toma, nesse primeiro capítulo, a inclusão social como objeto, a fim de elucidar, ao final, sua relação com o direito constitucional.

Nesse sentido, realizar a abordagem da inclusão social exige a investigação prévia a respeito das diversas formas pelas quais a exclusão social se manifesta. O reconhecimento do direito fundamental à inclusão social requer uma análise histórica, sociológica e filosófica, para que o Direito possa recolher desses ramos do pensamento os fatos sociais que irão exigir dele uma resposta em forma de tutela jurídica.

O objetivo desse capítulo, portanto, é realizar a fundamentação que se torne apta para a confirmação de uma das hipóteses dessa pesquisa, qual seja, a de que a inclusão social é um direito fundamental não-expresso na ordem constitucional brasileira.

1.1 O fenômeno da exclusão social e o resgate da cidadania perdida

A inclusão social é um fenômeno que tem despertado interesse em diversas áreas do conhecimento: economia, sociologia, psicologia, ciência política e, contemporaneamente, o direito. Para se realizar um exame atento de tal fato, é imperiosa a abordagem do conteúdo do seu termo antônimo, qual seja, a exclusão, para que assim sejam identificadas as suas causas e as respectivas vítimas desse processo, a fim de possibilitar a construção de vias de acesso à inclusão social. Antes, portanto, de se postular a inclusão é preciso reconhecer as fontes da exclusão para procurar solucioná-la.

As dificuldades se iniciam já neste ponto, tendo em vista que não se encontra consenso nos significados do termo exclusão social,[1] ora sendo traduzido como

[1] A respeito da confusão terminológica, José de Souza Martins (1997, p. 16, grifos do autor) assim se manifesta: “Todos os problemas sociais passam a ser atribuídos mecanicamente a essa coisa vaga e

carência de recursos para uma sobrevivência digna, ora como processo que afasta do sistema produtivo contingentes populacionais menos qualificados (PAUGAM, 2003, p. 14). Além dessas formas, a exclusão pode ser relacionada com a "privação social e a ausência de voz e poder na sociedade" (BUVINIC, 2004, p. 05), e também com o aspecto psicossocial:

> A exclusão induz sempre uma organização específica de relações interpessoais ou intergrupos, de alguma forma material ou simbólica, através da qual ela se traduz: no caso da *segregação*, através de um afastamento, da manutenção de uma distância topológica; no caso da *marginalização*, através da manutenção do indivíduo à parte de um grupo, de uma instituição ou do corpo social; no caso da *discriminação*, através do fechamento do acesso a certos bens ou recursos, certos papéis ou status, ou através de um fechamento diferencial ou negativo. (JODELET, 2007, p. 53, grifos nossos)

Diante desse fenômeno social ou conjunto de fenômenos sociais interligados (desemprego, marginalidade, discriminação, pobreza, perda de identidade social, fragilização dos laços sociais), denota-se a multidimensionalidade da concepção de exclusão social (ATKINSON, 2004, p. 120; RODRIGUES et al., 1999, p. 63-64). Além disso, a exclusão é um fenômeno histórico, socialmente construído, por essa razão seu estudo deve ser contextualizado no tempo e no espaço. Dessa forma, com o objetivo de trazer luzes para essa difusão conceitual, far-se-á a investigação a respeito da visão de exclusão em torno da óptica dos países capitalistas que alcançaram um patamar significativo de desenvolvimento econômico. Em um segundo momento, será abordada a exclusão nos países periféricos ou de desenvolvimento tardio, em especial, o Brasil.

Em seu aspecto fático, o problema da exclusão social surge antes mesmo da busca de sua conceituação, por isso não se trata de um assunto essencialmente novo.[2] Numa digressão histórica, André Campos et al. (2004, p. 29-30) trazem, com base em Claude Lévi-Strauss, a forma pela qual as sociedades primitivas neutralizavam os seus desviantes: as sociedades antropofágicas aproveitavam a energia (tanto efetiva quanto

---

indefinida a que chama de *exclusão* (como, até pouco tempo, todos os problemas eram atribuídos dramaticamente à *dívida externa* e ninguém se perguntou por que, de repente, deixou-se de falar nela), como se a exclusão fosse um deus-demônio que explicasse tudo". Esse também é o entendimento de Luciano de Oliveira (1997, p. 49-60) quando afirma que a utilização do termo exclusão aos mais diversos fins gera uma diluição retórica de sua especificidade.

[2] Apesar da falta de novidade, a preocupação teórica com a exclusão só ganhou destaque em tempos mais recentes. A respeito disso, Virgínia Fontes (1996, p. 10-11) diz, "o tema da exclusão adquiriu relevo e centralidade nos últimos anos, exatamente em função do agravamento das desigualdades e do evidenciamento da escalada de inúmeras formas de discriminação social". Por essa razão, a exclusão social tem pautado os debates atuais em torno da situação da sociedade capitalista e globalizada.

simbolicamente) daqueles que ameaçassem sua existência. Outras davam maior relevância às características antropoêmicas, ou seja, à possibilidade de expulsar da vida social, política e econômica aquilo que consideravam desviante. Tais fatos foram sucedidos no tempo por outras formas de exclusão, sempre com o objetivo de manter um determinado segmento da sociedade com alguns privilégios, em detrimento de uma maioria não contemplada.

O estudo sistemático do termo exclusão, portanto, só se dá a partir do último quarto do século XX, em razão do agravamento da crise econômica nos países capitalistas (CAMPOS et al., 2004, p. 32). Pedro Demo (2002, p. 21) afirma que o termo exclusão social surgiu na literatura política e social na França no início dos anos 70, a partir do livro *Les Exclusus*, de René Lenoir, publicado em 1974. A respeito desse autor, tecem-se os seguintes comentários:

> Homem pragmático e sensível às questões sociais, cujas teses emanam do pensamento liberal e foram fortemente criticadas pela esquerda, teve, com sua obra, o mérito de suscitar o debate, alargando a reflexão em torno da concepção de exclusão, não mais como um fenômeno de ordem individual mas social, cuja origem deveria ser buscada nos princípios mesmos do funcionamento das sociedades modernas. (WANDERLEY, 2007, p. 16)

A abordagem de Lenoir está inserida num contexto de declínio do *Welfare State* juntamente com a internacionalização da economia, a crise do trabalho e o respectivo esvaziamento das garantias jurídicas, historicamente conquistadas, vinculadas ao emprego. Logo, a análise da exclusão social nos países ditos de Primeiro Mundo não se dá sem levar em conta a crise do Estado Providência que aumentou o contingente populacional desnecessário para o mercado de trabalho formal. Por conseguinte, nos países capitalistas desenvolvidos, a exclusão social está relacionada com a perda de um lugar anteriormente conquistado no espaço social, além da discriminação pelo não reconhecimento do direito à diferença (MENDES et al., 2004, p. 40).

Esse espaço perdido interliga-se com a configuração do modelo de Estado à época, qual seja, o Estado de Bem Estar Social (*Welfare State*) ou Estado Providência, responsável pela atuação estatal intervencionista, a fim de outorgar benefícios sociais à camada da população que não era abrangida pelo sistema produtivo.[3] Para Luis

[3] O Estado de Bem Estar Social é “un conjunto de instituciones públicas proveedoras de políticas sociales dirigidas a la mejora de las condiciones de vida y a promocionar la igualdad de oportunidades de los ciudadanos” (MORENO, 2001, p. 17).

Moreno (2001, p. 18), essa forma de Estado é invenção tipicamente europeia, e tem por característica principal o estabelecimento de mecanismos obrigatórios de solidariedade entre os cidadãos. A concepção anterior de Estado, qual seja, o Estado Liberal, não mais podia dar conta de estabelecer parâmetros mínimos de dignidade à crescente massa trabalhadora, já que não se pode ser livre quando se passa fome.[4]

Numa perspectiva histórica, os poderes públicos foram assumindo funções tradicionalmente desempenhadas por órgãos não-estatais, como as igrejas e o que atualmente se denomina de terceiro setor. A promulgação da *New Poor Law,* em 1834 no Reino Unido, pode ser considerada como um marco no início da construção do Estado de Bem Estar, por estruturar um sistema de ajuda aos pobres, antes dependentes por completo das instituições não-estatais (MORENO, 2001, p. 17). O modelo clássico de *Welfare State* é derivado daquele criado por Bismarck na Alemanha no final do século XIX.[5] Tal direcionamento estatal é fruto ainda dos constantes conflitos entre burguesia e proletariado, bem como do contexto mundial surgido pós-29, com a revelação da instabilidade estrutural do capitalismo.

Deve-se destacar, nesse ponto, que Estado Social não é sinônimo de Estado Socialista, pois o primeiro é um redirecionamento do Estado liberal-capitalista. Assim, a proteção social concedida por meio do *Welfare State* deu-se dentro do mesmo modelo econômico anterior. Anthony Giddens (2005, p. 121) corrobora essa afirmação ao dizer que as origens do Estado Social estão bem distantes do ideal socialista. O autor vai além ao dizer que o Estado Providência fora criado exatamente para afastar a ameaça socialista. As políticas sociais da nova configuração estatal objetivavam conciliar e/ou pacificar o trabalho com o capital, agradando aos trabalhadores, com a concessão de direitos sociais, e aos grandes empresários, fazendo-os parceiros do estado no governo da economia. No mesmo sentido, notam-se as palavras de José Luis Bolzan de Morais (2008, p. 190, grifos do autor):

> Dessa forma, deve-se reconhecer que o Estado Social não renega sua origem, mas apenas *domestica suas pulsões de morte.* E o faz por meio de

[4] A atenção com as condições de igualdade material pode ser assim exposta: "Sin una acción eficaz de los poderes públicos dirigida a garantizar el disfrute de las liberdades por todos los ciudadanos, éstas *de hecho* sólo pueden ser utilizadas por quienes poseen los medios materiales para servirse de ellas, por más que *formalmente* estén reconocidas a todos" (PEREZ LUÑO, 2007, p. 213, grifos do autor).

[5] Contudo, para Anthony Giddens (2005, p. 121), "o *welfare state* na Alemanha sempre teve uma complexa rede de grupos e associações do terceiro setor com que as autoridades contaram para colocar políticas de *welfare* em prática. O objetivo é ajudar esses grupos e associações a atingir seus objetivos sociais. Em áreas como a assistência à infância, grupos do terceiro setor têm quase o monopólio de fornecimento".

> políticas públicas compensatórias de carências, desde que isto não signifique a negação dos fundamentos de suporte do *núcleo econômico do liberalismo* – o capitalismo – que vem recompensando com a socialização dos custos de infra-estrutura econômica, de higidez para o trabalho e de um mercado consumidor em expansão, entre outros fatores.

Além disso, o Estado Social é essencialmente capitalista porque as concessões estatais servem para expandir o poder de compra (e consequentemente manter o sistema) daqueles que não detinham essa condição anteriormente ou que haviam perdido. António José Avelãs Nunes (2008, p. 56) assim se manifesta:

> A estabilidade das economias capitalistas exige que os desempregados não percam todo o seu poder de compra (daí o subsídio de desemprego); que os doentes e inválidos recebam algum dinheiro para gastar (subsídios de doença e de invalidez); que os idosos não percam o seu rendimento quando deixam de trabalhar (daí o regime de aposentação, com a correspondente pensão de reforma).

Em que pese a veracidade e consistência de tais críticas, a outorga desses direitos deve ser considerada como um avanço, ao menos quando comparada com o período anterior. As necessidades, em especial dos trabalhadores, foram elevadas ao patamar de direitos subjetivos e, ainda mais, como obrigações a serem cumpridas pelo Estado, deixando, portanto, de ser responsabilidade das entidades de caridade não-estatais.

Em relação aos modelos desse Estado Social, Luis Moreno (2001, p. 23-24, tradução nossa) faz a seguinte distinção:

> (A) Universalista ou beveridgeano, baseado na consideração de direitos básicos de bem-estar para os cidadãos, plasmados em um acesso sem restrições a políticas e serviços sociais. As prestações econômicas são elevadas e de igual quantia para todos os beneficiários (taxa fixa). Seu financiamento se realiza por via impositiva com obrigação aos orçamentos estatais. Produzem-se, portanto, transferências redistributivas de rendas por via fiscal entre os contribuintes. (B) Ocupacional ou bismarkiano, baseado no princípio contributivo da seguridade social, principal mecanismo institucional de bem-estar e previdência social. As prestações monetárias, principalmente pensões, são recebidas de acordo com as contribuições realizadas. Estas não seguem com todo o rigor critérios atuariais de equivalência entre contribuições e benefícios, o que produz redistribuições entre diversas categorias de trabalhadores contribuintes e familiares dependentes.[6]

[6] "(A) Universalista o "beveridgeano", basado en la consideración de unos derechos básicos del bienestar para los ciudadanos, plasmados en un acceso sin restricciones a políticas y servicios sociales. Las prestaciones económicas son a tanto alzado y de igual cuantía para todos los beneficiarios (*flat-rate*). Su financiación se realiza por vía impositiva com cargo a los presupuestos generales estatales. Se producen, por tanto, transferencias resdistributivas de rentas por vía fiscal entre los contribuyentes. (B) Ocupacional o

A elaboração do Plano Beveridge se deu em 1942 por uma comissão interministerial de seguro social e serviços afins, com o claro intento de encontrar alternativas para os problemas da reconstrução no período pós-guerra. Fábio Zambitte Ibrahim (2010, p. 1056) aponta que o mérito do plano estava na inovação da forma de proteção social, pois partia da crítica à cobertura do seguro social apenas aos empregados, e não a todos os trabalhadores. Desse modo, o modelo universalista tem por fundamento a prestação de serviços desvinculados da real remuneração do trabalhador, já o *bismarckiano* segue a regra: "os ativos pagam pelos inativos e desocupados, os sadios pelos doentes, os válidos pelos inválidos, os jovens pelos idosos" (DEMO, 2002, p. 09). Nesse sentido, exige-se, prévia contribuição e prestações relacionadas à cotização. Não se pode perder de vista que essa aparente preocupação estatal tinha por objetivo específico frear o crescimento das doutrinas socialistas.

Direitos dos trabalhadores (salário e proteção ao emprego), previdência social e assistência social foram conquistas atribuídas ao Estado Social,[7] permitindo, em razão da promessa universalista, a elevação do bem-estar geral e assistindo, de alguma forma, os pobres, durante a época que ficou conhecida como os "trinta anos gloriosos" (1945-1975).[8] No âmbito do direito, essas conquistas, denominadas de direitos sociais, foram incorporadas principalmente nas Constituição do México (1917) e de Weimar (1919).[9] Para Marcio Pochmann et al. (2005, p. 59), "sem a intervenção inovadora do

---

"bismarckiano" basado en el principio contributivo de la seguridad social, principal mecanismo institucional de bienestar y previsión social. Las prestaciones monetarias, principalmente pensiones, se perciben de acuerdo a las contribuciones realizadas. Éstas no siguen a rajatabla criterios actuariales de equivalencia entre aportaciones y percepciones, lo que produce redistribuciones entre diversas categorías de trabajadores cotizantes y familiares dependientes" (MORENO, 2001, p. 23-24).

[7] Paulo Bonavides (2009, p. 186) especifica ainda mais as características que qualificam um Estado como Social: "Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede créditos, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social".

[8] De acordo com Hobsbawm (1995, p. 254 e 279), na década de 60 a média de desemprego na Europa Ocidental estacionou em 1,5% e ao final da década de 70, o Estado de Bem Estar havia sido incorporado por todos os Estados capitalistas avançados, tendo ainda, Austrália, Bélgica, França, Alemanha Ocidental, Itália e Países Baixos gastando mais de 60% dos seus respectivos orçamentos em seguridade social.

[9] "A *Grundgesetz* de 1919 é o primeiro texto constitucional que põe abertamente em causa a tese liberal da *autonomia das forças económicas* (do 'governo' da economia por 'leis naturais'), assumindo que a intervenção do estado na economia deve visar não apenas a '*racionalização' da economia*, mas a '*transformação*' *do sistema econômico*, integrando a economia na esfera política, fazendo da economia um *problema político*, lançando deste modo as bases da passagem do *estado de direito* ao *estado social*" (AVELÃS NUNES, 2008, p. 51, grifos do autor).

poder público, os frutos do crescimento econômico não teriam sido distribuídos com maior justiça nos países desenvolvidos". Essa distribuição de renda, todavia, não pode ser analisada de forma ingênua, pois o preço pago pelas concessões conferidas à classe trabalhadora era a não contestação do sistema produtivo, garantia essa que possibilitou o apoio do empresariado ao Estado Social, como já afirmado.

Não se pode perder de vista, também, que a efetividade do Estado Providência é um fato tipicamente dos países desenvolvidos,[10] por possibilitar uma compensação às consequências excludentes do sistema capitalista em expansão. Pedro Demo (2002, p. 102) afirma:

> o *welfare state* foi um evento apenas do centro do sistema; [...] é cada vez mais patente que o bem-estar do centro não pode mais ser universalizado, por conta de limites ambientais do crescimento econômico capitalista, pois não seria mais sustentável; para universalizar certo nível de bem-estar para todos, é mister diminuir o do centro, um projeto certamente complicado de se colocar em marcha.

Frise-se, ainda, que a bandeira da cobertura universalista serviu mais para a manutenção do sistema, minimizando as ameaças, do que propriamente para a diminuição da pobreza social, pois não se pode ignorar que a "cobertura universalista somente foi possível perante um número reduzido de pobres e apenas em alguns países centrais" (DEMO, 2002, p. 11).

As conquistas do Estado Social, contudo, são postas em xeque a partir da década de 70. A economia capitalista é afetada por uma forte recessão econômica (elevados gastos públicos, inflação crescente, elevação da taxa de desemprego, taxas decrescentes do Produto Interno Bruto), fato este que atinge diretamente as relações trabalhistas e sua respectiva rede de proteção com base no *Welfare State*. Outro argumento apresentado para justificar a crise do Estado de Bem Estar radica-se na tese de que com o fim do bloco socialista não haveria mais ameaça a ser impedida pelo Estado Social, logo,

[10] A corroborar a afirmação: "A finales de los años 1920 habían sido introducidos programas de seguros de enfermedad en veintidós países europeos. En Estados Unidos, y trás los efectos sociales devastadores de la 'Gran Depresión' de finales de los años veinte y principios de los teinta, el presidente estadounidense Franklin Delano Roosevelt auspició planes extensivos de protección social en su política del 'Nuevo Contrato' (*New Deal*), que fructificaron en la aprobación legislativa de la seguridad social en 1935 (*Social Security Act*)" (MORENO, 2001, p. 18). Em relação ao intervencionismo do New Deal, podem ser destacadas as seguintes ações: concessão de subsídios aos desempregados e idosos, desvalorização do dólar, baixa das taxas de juros, instituição do salário mínimo, lançamento de grandes obras públicas para combater o desemprego, etc.

os países capitalistas centrais partiriam para o esvaziamento das conquistas sociais dos trabalhadores. Zygmunt Bauman (2005, p. 67) expõe sua ideia nesse sentido:

> As instituições do "Estado de bem-estar" são desmanteladas aos poucos e ficam defasadas, enquanto restrições antes impostas às atividades comerciais e ao livre jogo da competição de mercado e suas conseqüências são removidas. As funções protetoras do Estado se reduzem para atingir uma pequena minoria dos não-empregáveis e dos inválidos, embora até mesmo essa minoria tenda a ser reclassificada e passar de um assunto do serviço social para uma questão de lei e ordem - a incapacidade de participar do mercado tende a ser cada vez mais criminalizada.

Às consequências sociais e econômicas (redução dos postos de trabalho, quebra dos direitos sociais, desemprego de longa duração, habitantes de bairros deserdados, percebedores de renda mínima de inserção, trabalho temporário) somam-se os efeitos psicossociais da redução das políticas sociais estatais, como a impossibilidade de plena integração social das vítimas acima. O resultado dessa drástica combinação é a expulsão de camada expressiva da população da órbita social, tornando-os ameaçadores e, em razão disso, elimináveis.

Diante dessa perda de conquistas é que os países capitalistas desenvolvidos começaram então a se preocupar com o fenômeno da exclusão social, denominando-o ainda como Questão Social. "A exclusão social de hoje, pois, não é senão o fracasso, já anunciado, [...] do objetivo de plena integração social em um Estado de Bem Estar incapaz de chegar a todos e que, quando chega, para alguns, o faz por métodos estigmatizantes e punitivos" (NAVARRO, 2001, p. 54, tradução nossa).[11] Ainda na seara terminológica e em razão da emergência de políticas neoliberais com sua correspondente flexibilização dos direitos sociais, o mesmo fenômeno também foi denominado de *nova exclusão social* com o intuito de diferenciá-lo dos problemas anteriores de privação absoluta de bens.[12]

Em razão dessa situação, a exclusão social foi posta como pauta dos debates, principalmente por parte dos sociólogos. Dentro dessas discussões destacam-se as análises empreendidas por Robert Castel e Serge Paugam.

---

[11] "La exclusión social de hoy, pues, no es sino el fracaso, ya anunciado [...] del objetivo de plena integración social en un Estado de Bienestar incapaz de llegar a todos y que, cuando llega, para algunos, lo hace por métodos estigmatizantes y punitivos" (NAVARRO, 2001, p. 54).

[12] No âmbito norte-americano, em relação ao fenômeno da nova exclusão social foi adotado o conceito de *underclass*, todavia, sem distinção conceitual entre os dois termos (CAMPOS, et al., 2004, p. 32).

O primeiro deles analisa o fenômeno por meio do conceito de *desafiliação ou desfiliação,*[13] tal construção teórica tem o intento de demonstrar a questão social por meio da ruptura com os vínculos sociais. Trata-se da ausência de inscrição do sujeito em estruturas que têm um certo sentido, como o rompimento da relação laboral, por exemplo. De acordo com Wanderley (2007, p. 23),

> Castel reflete a partir dos eixos integração/não integração do mundo do trabalho e do mundo das relações sociais. A precariedade e instabilidade dos vínculos do mundo de trabalho formal produzem contingentes populacionais desnecessários. No mundo das relações sociais a fragilização dos vínculos (família, vizinhança, comunidade, instituições) pode produzir rupturas que conduzem ao isolamento social e à solidão.

Em Robert Castel, portanto, o produto do processo de desmonte do Estado Social está na formação de um contingente sem força social, dependente de relações precárias e desligado de qualquer vínculo social estável (sobrantes), "não são nem mesmo *explorados*, pois são desnecessários à produção e sequer conseguem participar do mercado como consumidores" (MENDES et al., 2004, p. 36, grifo do autor).

Digno de nota também é o exame da exclusão social feito pelo sociólogo francês Serge Paugam. Ele aborda a questão por meio do conceito de *desqualificação social*, que caracteriza

> o movimento de expulsão gradativa, para fora do mercado de trabalho, de camadas cada vez mais numerosas da população – e as experiências vividas na relação de assistência, ocorridas durante as diferentes fases desse processo. Cumpre realçar que o conceito de desqualificação social valoriza o caráter multidimensional, dinâmico e evolutivo da pobreza e o status social dos pobres socorridos pela assistência. (PAUGAM, 2007, p. 68)

Nota-se que o objetivo principal da investigação de Paugam está centrado na compreensão dos indivíduos que têm uma relação de dependência com os serviços públicos de assistência e a respectiva vinculação com a sociedade na qual vivem. Ao realizar uma pesquisa em Saint-Brieuc, na região de Côtes-d'Armor – França, o sociólogo distinguiu três tipos de população segundo a relação que as pessoas mantinham com os serviços sociais: os *fragilizados*, os *assistidos* e os *marginalizados*. A cada uma dessas

[13] Trata-se de tradução do neologismo da língua francesa *desaffiliation*, por isso também é termo desconhecido na língua portuguesa.

terminologias associou uma experiência social: *fragilidade*, *dependência* e *ruptura*, respectivamente (PAUGAM, 2003, p. 32-33).

A *fragilidade*, como primeiro grau de desqualificação, corresponde aos problemas de inserção profissional (e as consequentes relações sociais que lhe acompanham) que acarretam um sentimento de perda de uma situação social anteriormente favorável. A necessidade de busca de assistência pública, ainda que pontual, é vista como perda progressiva da dignidade, em razão da sensação de fracasso e inferioridade que os oprime (PAUGAM, 2003, p. 34-37).

A intensificação dos efeitos da fragilidade conduz ao estágio de *dependência*. Nesse tipo de experiência, as ajudas assistenciais se tornam mais comuns, pois os assistidos, em sua maioria, já desistiram de ter um emprego. A esse respeito, Serge Paugam (2003, p. 38) afirma:

> Resta a esses indivíduos apenas aceitar as obrigações do *status* de assistido, iniciando-se, então, para eles, uma nova carreira, durante a qual a personalidade se transforma rapidamente. Vivem o aprendizado dos papeis sociais que correspondem à expectativas específicas dos assistentes. É a partir desse momento que começam a justificar e a racionalizar a assistência da qual se beneficiam.

Por fim, a última fase do processo de desqualificação social se dá com a *ruptura*, ou seja, um acúmulo de dificuldades que gera uma acentuada marginalização, como, por exemplo, a perda da moradia. São indivíduos desprovidos de rendas e de benefícios assistenciais, que perdem, ainda, a esperança de sair dessa situação e vêem com resistência a ajuda assistencial (PAUGAM, 2003, p. 39).

Com essas análises, Castel e Paugam contribuem para a problematização da exclusão social, em especial nos países desenvolvidos capitalistas, a fim de demonstrar o estigma[14] que caracteriza as populações que perderam, em razão da crise do *Welfare State*, um espaço de proteção social que lhes garantia um patamar de cidadania. Todavia, as idéias lançadas por ambos os autores não são suficientes para investigar o fenômeno da exclusão social em países que não atingiram esse patamar de Estado Social para, posteriormente, pleitearem o retorno. *Não há resgate de cidadania não alcançada*. Tal é a situação do Brasil, onde os direitos sociais, apesar de conquistas anteriores, só receberam a

[14] Em relação a essa ponto, Serge Paugam (2007, p. 67) afirma: "Considerada intolerável pelo conjunto da sociedade, a pobreza reveste-se de um status desvalorizado e estigmatizado. Consequentemente, os pobres são obrigados a viver numa situação de isolamento, procurando dissimular a inferioridade de seu status no meio em que vivem e mantendo relações distantes com todos os que se encontram na mesma situação. A humilhação os impede de aprofundar qualquer sentimento de pertinência a uma classe social".

devida atenção com a Constituição de 1988. Mesmo assim, carecem de efetividade, em razão de setores que ainda tratam essas normas como programáticas, desvestidas de eficácia plena e imediata.

1.2 Exclusão social no Brasil: exclusão pelo *não ser*

A singularidade histórica de cada país impede que se importe, *in totum*, conceitos, sem realizar as necessárias adaptações a cada realidade. No caso da exclusão social não poderia ser diferente. A análise realizada no item anterior se ajusta aos países que alcançaram determinado nível de desenvolvimento econômico e progresso social em que, pelas razões já apontadas, as conquistas históricas foram relativizadas, ou até mesmo suprimidas, criando os excluídos sociais nesse contexto. Salienta-se que o transporte para terras latino-americanas, em especial o Brasil, das construções teóricas a respeito da temática investigada não possibilita respostas seguras e eficazes para se debater as formas de exclusão social, haja vista as especificidades tão díspares que se encontram já no processo colonizador brasileiro.

A formação colonial brasileira (etnocida em relação aos povos indígenas e africanos), aliada à exploração escravagista, é um dos fatores que pode ajudar na explicação da sociedade pobre e desigual em que o país se tornou. A desigualdade é a nota característica que acompanha a trajetória da construção do Brasil. Além disso,

> A estratificação social gerada historicamente tem também como característica a racionalidade resultante de sua montagem como negócio que a uns privilegia e enobrece, fazendo-os donos da vida, e aos demais subjuga e degrada, como objeto de enriquecimento alheio. Esse caráter intencional do empreendimento faz do Brasil, ainda hoje, menos uma sociedade do que uma feitoria, porque não estrutura a população para o preenchimento de suas condições de sobrevivência e de progresso, mas para enriquecer uma camada senhorial voltada a atender às solicitações exógenas. (RIBEIRO, 1995, p. 212)

Essa ideia também é exposta por José Murilo de Carvalho (2008, p. 18) quando aponta duas notas características do processo colonizador brasileiro. A primeira diz respeito à conquista dos povos seminômades locais cujo efeito imediato foi a dominação e o extermínio, pela guerra, pela escravização e pela doença dos indígenas. Já o segundo

ponto tem relação com o caráter comercial da conquista, envolvendo metrópole e particulares. “A ordem escravista, o latifúndio monocultor, o estatuto de colônia, enfim, desguarneciam de tutela jurídica os brasileiros. Direitos sociais apenas para os reinóis” (ALVES, 2005, p. 56).

A negação dos direitos de cidadania gerou um país para poucos, em que a maior parte das mudanças ocorridas durante a história brasileira realizou-se sem transformações estruturais na divisão social. Bem exemplificam essa afirmação as palavras de Reinéro Lérias ao ressaltar a frase de Giuseppe Tomasi di Lampeduza: “se queremos que tudo continue como está, é preciso que tudo mude” (2008, p. 193). No mesmo sentido; Pochmann et al. (2005, p. 23) argumentam que

> o avanço inegável que decorreu da instalação da República foi contraposto pela democracia restrita, com escassa participação política. O circuito econômico também permaneceu fechado, uma vez que a abolição da escravatura representou pouco mais do que a simples passagem do cativeiro para a condição de miséria, com fome e marginalização do mercado de trabalho da maior parte da população pobre e negra.

Dentro dessa mesma lógica, pode-se dizer que as transformações em razão da expansão capitalista do século XX também não possibilitaram a diminuição da distância entre ricos e pobres, pois a violenta expansão urbana gerada pelo êxodo rural apenas substituiu a miséria do campo pelas diversas formas de pobreza nas cidades. Segundo Pochmann et al. (2005, p. 48)

> Em apenas vinte anos, o Brasil deixou de ser um país rural, para se transformar em nação urbana. [...] Esse processo acarretou inevitáveis conseqüências para a população mais pobre, uma vez que todo o deslocamento humano terminou ocorrendo sem planejamento urbano e fruto de um explosivo êxodo rural provocado pela concentração da propriedade fundiária e pela ausência de políticas públicas para a população rural, especialmente o segmento de menor renda.

Com o decorrer dos anos, a distância entre ricos e pobres foi agudizada pelas poucas políticas sociais de redistribuição de renda, atendendo apenas estratos restritos da população carente. Aquelas que eram propostas mais gerais mantinham a natureza paternalista e emergencial dos benefícios.[15] Além disso, a questão social no Brasil

[15] Nesse mesmo sentido, Aldaiza Sposati et al. (2008, p. 123) afirmam que “do ponto de vista do fisiologismo político, a assistência social se apresenta como mecanismo de formação de redutos eleitorais, por excelência. [...] A política de assistência social no Brasil se mantém opaca, sem visibilidade, sem identidade, sem direção

esteve relacionada a uma clientela específica, os trabalhadores urbanos, reconhecidos como cidadãos em face da sua condição profissional e não como integrantes da comunidade política (BELLO, 2010, p. 177). As mudanças nos direitos sociais iniciadas na década de 1930 revelaram a concessão de benefícios àqueles a quem o governo decidia favorecer, em especial, os que se enquadravam na estrutura sindical corporativa montada pelo Estado. Tal sistema excluía categorias importantes de trabalhadores como os autônomos, domésticos e os trabalhadores rurais (CARVALHO, 2008, p. 114-115).[16] Denota-se, assim, a impossibilidade de se abordar a inclusão social no Brasil por meio da óptica dos países que alcançaram patamares de justiça social, pois o problema da exclusão brasileira é crônico, está enraizado no modo como o país foi conduzido pelas mãos de uma elite que "desembarcou por aqui para saquear a Colônia há quinhentos anos e continua saqueando o país da mesma maneira, embora com artimanhas bem mais sofisticadas" (DEMO, 2006, p. 03).

Dessa maneira, pode-se afirmar que nos países do Terceiro Mundo não houve o Estado de Bem Estar Social tal qual a configuração europeia. Em terras brasileiras, as políticas sociais assemelham-se mais a um Estado assistencial (aquele que dá tratamento compensatório à pobreza ao invés de se consubstanciar em conquistas jurídicas). Isso porque os países de desenvolvimento tardio "não foram capazes de reverter a condição de colônia (dependência) e garantir à sua população pactos da mesma ordem que os estabelecidos no primeiro mundo" (SPOSATI et al., 2008, p. 115). A persistente falta de engajamento do Estado no enfrentamento das situações de desigualdade bem como a banalização da pobreza[17] são circunstâncias que impõem um tratamento diferenciado da problemática que envolve a exclusão na realidade do país. Estes são alguns dos motivos pelos quais

> o conceito de exclusão social no Brasil, e em países de Terceiro Mundo de uma forma geral, assume conotação diferenciada em relação ao contexto em que foi formulado. Aqui não se pode falar genericamente em *desqualificação*, em *desfiliação*, em *perda de conquistas* que supõem uma universalidade de cidadania prévia, jamais alcançada. Trata-se antes,

---

clara, germinando e proliferando uma caótica rede de instituições públicas produtoras de assistência e serviço social que se apresentam marginais até mesmo para seus agentes técnicos".

[16] Como aponta José Murilo de Carvalho (2009, p. 124-126), a concepção de política social como privilégio e não como direito é fruto da incorporação de uma massa de trabalhadores por meio de leis sociais e não da ação sindical e política independente. Invertida a ordem descrita por T. A. Marshall, a antecipação dos direitos sociais impedia a visualização dessas conquistas como direitos independentes da ação do governo.

[17] "A pobreza banalizada tem a vantagem de ser uma paisagem comum do cotidiano, aparentemente conhecida e sob controle. Camufla-se dessa forma a sua barbárie" (SPOSATI et al., 2008, p. 117).

> de uma questão de *não-acesso*, de *não-inclusão*. (MENDES et at., 2004, p. 50, grifos dos autores)

Portanto, não há resgate de cidadania perdida, pois essa não foi alcançada até então pela maioria da população brasileira, alheia aos mecanismos de participação e distribuição coletiva das vantagens e oportunidades.

Em países como o Brasil, a pobreza, a desigualdade e a exclusão são fenômenos mais complexos, pois englobam uma variedade maior de situações. Expressam-se tanto por meio de formas denominadas de "velha pobreza" como de "nova pobreza". A primeira diz respeito à privação de recursos mínimos para a sobrevivência, em que a baixa, ou nenhuma, renda gera contingentes de moradores de ruas. Já a "nova pobreza e/ou exclusão" tem como característica a ampliação da situação de vulnerabilidade que afeta parte da população, em razão de fatores econômicos, políticos, tecnológicos e culturais.

Nesse ponto, com o objetivo de delimitar o objeto de análise, qual seja, a exclusão, faz-se necessário realizar uma distinção conceitual. Na esteira do raciocínio de Sonia Rocha (2006, p. 09), compreende-se, nessa pesquisa, o termo *pobreza* como uma forma genérica de se explicar o fenômeno de não-atendimento adequado das necessidades humanas. A pobreza pode ainda ser classificada em *absoluta* e *relativa*. A primeira delas expressa a não-satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo vital,[18] é "aquela pobreza comparada com os próprios pobres: os pobres estariam menos pobres, quando comparados consigo mesmos" (DEMO, 2006, p. 81). Já a pobreza relativa denota aquela camada que, apesar de ter alcançado um patamar mínimo de sobrevivência, ainda vive num padrão inferior à média do país. Trata-se, portanto, de comparar o padrão de vida dos pobres, com os mais ricos. É nessa distância que se encontra a desigualdade social.[19] "Em síntese, a pobreza relativa incorpora a dimensão da desigualdade, pois consolida como referência o padrão de riqueza alcançado" (POCHMANN et al., 2005, p. 97). Dessa maneira, apesar da possibilidade de se melhorar de condições de vida em relação à geração anterior (o filho do pobre fica menos pobre que o pai), a distância em relação ao filho do rico não diminui. Pelo contrário, tende a aumentar em razão do fato de que as mudanças sociais não têm

[18] A utilização da expressão "mínimo vital" vai ao encontro do estudo sobre o tema elaborado por Ingo Sarlet (2006, p. 567). O referido autor aponta a necessidade de não se confundir o conteúdo do mínimo vital com o do mínimo existencial. O primeiro diz respeito à garantia da vida humana, independentemente da sua qualidade. Já o mínimo existencial abrange um conjunto de garantias materiais para uma vida digna.

[19] "As *desigualdades sociais* são fenômeno histórico-estrutural. Possuem a resistência das estruturas, mas perfazem também a dinâmica histórica aberta de cada sociedade. Em todas as sociedades conhecidas houve desigualdades, do que segue, não que todas no futuro devam impreterivelmente tê-las, mas que seria prudente contar com elas. Ignorar as desigualdades é uma das fontes mais perversas de sua constante alimentação" (DEMO, 2006, p. 20, grifo do autor).

alterado a concentração de renda, reforçando a pobreza relativa, que é um dos grandes problemas do Brasil. Nesse ponto, Amartya Sen e Bernardo Kliksberg (2010, p. 145-146) trazem dados da ONU sobre o Brasil, que o apontam como o país mais desigual da América Latina, em que os 10% mais ricos são 51,3 vezes mais ricos que os 10% mais pobres. Apenas para efeitos comparativos, no Chile esse número é de 33 vezes e nos Estados Unidos 15,9.[20]

Diante de tal situação, pode-se concluir que o fenômeno da exclusão não é sinônimo de pobreza, todavia, deve-se levar em conta a possibilidade de uma relação entre eles. Como apontado acima, a pobreza tem como nota central uma vertente econômica, ou seja, a total ausência de renda (pobreza absoluta) ou a pouca renda em relação aos estratos mais privilegiados da sociedade (pobreza relativa). Não se pode negar que essa situação gera um afastamento dos mecanismos de coesão social. No entanto, a exclusão não está restrita ao aspecto monetário das carências, uma vez que "a pobreza é uma das dimensões, talvez a mais visível, da exclusão social" (RODRIGUES et al., 1999, p. 66), mas não é a única.

Em razão da multidimensionalidade do conceito de exclusão social, este não se restringe ao aspecto das carências materiais, abrange também a negação de direitos, perda de vínculos, a discriminação, o desemprego, a marginalidade, etc. Nesse sentido, é bom notar que

> enquanto que o conceito de pobreza tem uma vertente basicamente econômica, entendida como ausência de recursos ou de rendimentos, o conceito de exclusão social refere-se a um processo complexo e multidimensional, com efeitos progressivos e cumulativos nos indivíduos e nos grupos, nos espaços locais e nas regiões, assim como na sociedade em geral. (RODRIGUES, 2000, p. 176)

A exclusão social, portanto, vai além da pobreza como carência de recursos e revela-se muito mais como um processo histórico de impedimento ao acesso de instrumentos sociais integradores, gerando, assim, um grupo de indivíduos, fruto dessa ruptura social, os excluídos,[21] que não têm voz e poder na sociedade.[22] Por ser um processo

[20] Para um maior aprofundamento na análise da distribuição de renda no Brasil, Márcio Pochmann et al. (2005, p. 54-55) trazem as fases que demarcam a concentração de renda no país.

[21] Deve-se deixar claro que do ponto de vista sociológico, o excluído não é uma categoria estática tal como são os pobres, mas é o fruto do processo que envolve a entrada, manutenção e perpetuação em contexto de exclusão.

[22] Em relação às populações excluídas, podem ser destacadas as características comuns a elas: a) a invisibilidade desses grupos diante das estatísticas oficiais; b) a pobreza material; c) a discriminação e o estigma que ampliam os atributos negativos dessa camada para que sejam separados com *status* reduzidos; d)

histórico, social e cultural, a exclusão não é um evento inevitável, tendo em vista que é preciso agir no sentido de que ela ocorra, se reproduza e evolua para nova formas, garantindo sua perversa persistência.

Em vista disso, no Brasil o *não-ter* renda suficiente para sobreviver é um problema social que precisa ser erradicado com políticas de transferência direta de renda, tal como o programa do Governo Federal denominado de Bolsa-Família (Lei n° 10.836/04). Em que pese a necessidade urgente dessas ações, elas não são capazes de, por si só, possibilitar a inclusão social quando o problema dos excluídos não está exclusivamente na ausência de renda.[23] A amplidão e a diversidade das necessidades humanas impedem que a pequena e transitória ajuda financeira dê conta de alcançá-las plenamente.

Dessa maneira, Pedro Demo (2002, p. 05) afirma que: "o maior problema das populações pobres não é propriamente a fome, mas a falta de cidadania que os impede de se tornarem sujeitos da história própria, inclusive de ver que a fome é imposta" e complementa em outra passagem, "mais drástico do que não *ter* mínimos materiais para sobreviver é não *ser* nada na vida" (2006, p. 26, grifos do autor). Por tal motivo é que a discussão em torno dos mecanismos de inclusão social não pode se voltar exclusivamente às condições materiais. É claro que sem estas não há vida e sem vida não há o que incluir, todavia, o debate não se encerra aí, sob pena de se formar um grande contingente populacional que apenas sobrevive sem perspectivas de participação no destino da própria vida, fato este que parece acometer grande parte da população brasileira.

Para corroborar a afirmação, André Campos (2004, p. 29, grifos do autor) expõe:

> A exclusão social pôde ser identificada com a situação de *não ter*. Ou seja, não ter acesso à terra para produzir o necessário, não ter trabalho, não ter renda suficiente para atender às necessidades básicas e assim por diante. A exclusão social, todavia, resultaria de um processo mais amplo e complexo no tempo, que vai além da situação singela do *não ter*. Trata-se, na realidade, dos constrangimentos do *ter*, o que torna o fenômeno da exclusão social uma temática do *ser* muito mais do que simplesmente *ter*.

---

cumulação de carências, como: pobres portadores do vírus HIV, mulheres homossexuais, desempregados negros, etc (BUVINIC, 2004, p. 07-10).

[23] Hilary Silver (2004, p. 137-138) afirma que o desafio da inclusão social é diferente daquele enfrentado pelas políticas sociais de combate à pobreza e assim complementa: "As causas socioculturais da exclusão - inclusive a baixa auto-estima, o estigma, a discriminação e a negação da cidadania – estão frequentemente tão enraizadas nas relações sociais informais e nas práticas culturais quanto nas instituições oficiais. Essas dimensões não-econômicas da exclusão têm recebido muito menos atenção tanto dos pesquisadores quanto dos formuladores de políticas que podem fazer algo a esse respeito".

Diante disso, esse trabalho pretende demonstrar que, no Brasil, o enfoque à exclusão social deve ir além do resgate da cidadania perdida, que nem chegou a ser conquistada pela maior parte do povo, bem como deve ultrapassar os limites da carência material.[24] As pessoas não podem receber somente uma assistência à sobrevivência, mas precisam ser estimuladas e reconhecidas em sua riqueza interior como forma de acionar suas potencialidades.[25] O ser humano é riqueza em potência que não pode ser menosprezada. Essa valorização é importante, uma vez que

> A carência material é a casca externa da desigualdade social, cujo cerne está na "pobreza política"; tal reconhecimento seria suficiente para perceber que o combate à pobreza não passa em primeiro lugar pela assistência, mas pela reinvenção da cidadania do excluído. (DEMO, 2002, p. 35)

A lógica da restrição ao ser é uma das formas mais graves de exclusão, pois aniquila os fundamentos democráticos do Estado brasileiro, além de ferir a dignidade humana. Essa situação transforma o indivíduo em objeto de marginalização, numa lógica de convencimento de que o seu lugar é a margem.

Assim, só é possível enfrentar de modo efetivo a exclusão social a partir do momento em que se identificam os processos que a provocam. Robert Castel (2010, p. 31-32) alerta para o fato de que a luta contra a exclusão exige intervenções no processo que produz essa realidade, sob pena de se reduzir o combate a um pronto-socorro social, com intervenções pontuais que não reparam as rupturas do tecido social. Em países de desenvolvimento tardio, como o Brasil, o desafio inclusivo é complexo, pois abrange além das camadas que não conquistaram sequer condições mínimas de dignidade, setores da

---

[24] A pluridimensionalidade da exclusão possibilita sua análise por meio de diversas perspectivas. Conforme o objetivo do trabalho, pretende-se ir além da concepção de exclusão como limitação material e abordá-la pela negação da condição de sujeito histórico e transformador aos indivíduos. Outrossim, é importante destacar a óptica de Bader Sawaia que analisa o sofrimento ético-político como categoria da exclusão. A referida autora coloca o sofrimento e a felicidade no estudo da exclusão superando a concepção de que não se teria justificativa para trabalhar a emoção enquanto se passa fome. "Epistemologicamente, significa colocar no centro das reflexões sobre exclusão, a idéia de humanidade e como temática o sujeito e a maneira como se relaciona com o social (família, trabalho, lazer e sociedade), de forma que, ao falar de exclusão, fala-se de desejo, temporalidade e de afetividade, ao mesmo tempo que de poder, de economia e de direitos sociais. A exclusão vista como sofrimento de diferentes qualidades recupera o indivíduo perdido nas análises econômicas e políticas sem perder o coletivo." (2007, p. 98). O sofrimento do indivíduo, portanto, não tem origem nele mesmo, por isso não é capaz de por si só superá-lo, mas nas intersubjetividades projetadas socialmente. A importância do estudo dessas emoções está na responsabilidade que o Estado e a sociedade têm sobre os indivíduos.

[25] "Cabe lembrar que o ideal maior das pessoas ainda é emancipação, não assistência, exceto nos casos onde a auto-sustentação é impraticável ou não recomendável" (DEMO, 2002, p. 106).

população que não mais passam fome, mas são massa de manobra na sustentação de privilégios que faz a riqueza do outro, sem dela participar, incapazes de se constituírem como sujeitos da própria história. Diante dessa negação de cidadania é que o direito precisa agir.

1.3 Crítica à lógica da exclusão

As análises feitas nos itens anteriores a respeito da exclusão social limitam-se a encará-la sem o questionamento do sistema econômico em que está inserida. Faz-se mister apresentar, em contrapartida, um viés crítico que investigue o fenômeno como um mecanismo natural da própria configuração do capitalismo. Diante dessa idéia, o não-acesso a serviços públicos assistenciais, a discriminação, o afastamento do convívio social e as demais formas de exclusão já apresentadas não significam propriamente exclusão absoluta, ou seja, exclusão do sistema em si.

> A maioria dos discursos sobre a exclusão social captura exatamente o que *não* está acontecendo. Em termos gerais ou como concepção teórica abrangente, já foi suficientemente demonstrado que não existe propriamente exclusão – que a exclusão está incluída na lógica do capital (OLIVEIRA, 2004, p. 150, grifo do autor)

Nesse mesmo sentido, José de Souza Martins (1997, p. 14) aponta a não existência da exclusão,[26] mas da contradição que se dá no interior da própria realidade que produziu os problemas. As vítimas, portanto, dos processos excludentes não estão fora do sistema econômico, subsistem no seu interior sob formas reduzidas de cidadania. A atenção deve-se voltar, então, a esse sistema reprodutor de desigualdades. Dessa maneira, surge a visão antidualista, a qual parte da seguinte indagação: "qual o sentido de falar em *duas* ordens de realidade, dos 'incluídos' e dos 'excluídos', se ambas são produzidas por *um* mesmo processo econômico, que de um lado produz riqueza e, de outro, miséria?" (OLIVEIRA, 1997, p. 49-60, grifos do autor).

[26] Martins (1997, p. 27) complementa afirmando que, "o discurso corrente sobre exclusão é basicamente produto de um equívoco, de uma fetichização, a fetichização conceitual da exclusão, a exclusão transformada numa palavra mágica que explicaria tudo. Rigorosamente falando, só os mortos são excluídos, e nas nossas sociedades a completa exclusão dos mortos não se dá nem mesmo com a morte física; ela só se completa depois de lenta e complicada morte simbólica".

A mercantilização das relações de trabalho, sob a perspectiva marxista, gera a exploração humana em favor do capital. Para a valorização do capital é imprescindível a utilização da força humana, mas tal necessidade é decrescente em razão da desregulamentação, flexibilização e terceirização impostas pelo mundo empresarial globalizado, cada vez mais condicionado à redução dos gastos com a força de trabalho humano. Corroborando essa ideia, Ricardo Antunes (2008, p. 38, grifos do autor) diz que: "o capital é incapaz de realizar sua autovalorização sem utilizar-se do trabalho humano. Pode *diminuir* o trabalho vivo, mas não *eliminá-lo.* Pode precarizá-lo e desempregar parcelas imensas, mas não pode extingui-lo". Além disso, as relações de trabalho precisam ser mantidas, mesmo que em laços precários, pois é necessário, na óptica capitalista, o crescimento constante do mercado consumidor.

O problema encontra-se, então, na maneira como o capitalismo mantém esses trabalhadores em alguma relação com essa ordem econômica. A precarização das relações de trabalho é componente essencial da própria lógica do sistema do capital, que precisa se perpetuar independentemente do respeito às conquistas históricas dos trabalhadores. Dessa forma, mantém-se o mínimo possível de garantias apenas para que o emprego conceda um espaço de proteção um pouco mais atrativo em relação à ameaça do desemprego.

Sob a ordem capitalista, o ser humano também é desvalorizado em razão do aumento da produtividade, pois os frutos da expansão econômica não são repartidos com o trabalhador e se contrário fosse, ou seja, se o capitalista pagasse em salário o valor gerado pelo trabalhador, já não teria lucro e, por consequência, não seria capitalismo (DEMO, 2002, p. 60-61). Eis um sistema vocacionado à crise e à exploração humana, gerador de desigualdades sociais. Isso porque, "sob o domínio do capital, o aumento da produtividade não tem um caráter social. Ao contrário, reverte exclusivamente para o capital" (DEL PINO, 2008, p. 69).

No que se refere à exclusão social, o esquema da economia de mercado sugere uma particular forma de análise. Historicamente, precisava absorver setores não capitalizados, sob a forma de assalariamento de mão-de-obra para, posteriormente, em razão da inovação tecnológica, desempregá-los ou empregá-los de forma precária.

Em sua gênese, o capitalismo age no sentido de desenraizar as populações do campo para que à terra seja dado um uso capitalista e, simultaneamente, utiliza os camponeses como mão-de-obra assalariada. Com isso, ocorre o que é

denominado de inclusão forçada no sistema capitalista, segundo Fontes (1996, p. 04, grifo da autora):

> A rigor designaremos de forma mais clara o processo se o caracterizarmos como uma *inclusão forçada.* A exclusão, historicamente constituída e perpetuada – a impossibilidade de assegurar a subsistência -, converter-se-ia na impossibilidade prática de escapar a esse processo. Essa inclusão forçada assegurava a própria sobrevivência do sistema, ao submeter e disciplinar a força de trabalho necessária à sua existência.

Trata-se de inclusão forçada pois diminui a possibilidade de outras formas de existência fora do capital. A caracterização de um grupo social "fora do mercado" exige a possibilidade de subsistência sem a dependência das formas mercantis.[27] No entanto, "a urbanização incessante e o consequente 'esvaziamento' das regiões rurais reduziram drasticamente as condições de produção não mercantil da subsistência para a grande maioria da população" (FONTES, 1996, p. 05). Focalizando o mesmo fenômeno, mas com terminologia diferente, José de Souza Martins (1997, p. 25-26) afirma que, hoje, o conceito de exclusão abrange problemas derivados de um conjunto de dificuldades geradas por uma inclusão precária, instável e marginal. Assim prossegue em seu raciocínio:

> O capitalismo na verdade desenraiza e brutaliza a todos, exclui a todos. Na sociedade capitalista essa é uma regra estruturante: todos nós, em vários momentos de nossa vida, e de diferentes modos, dolorosos ou não, fomos desenraizados e excluídos. É próprio dessa lógica de exclusão a *inclusão*. A *sociedade capitalista desenraiza, exclui para incluir*, incluir de outro modo, segundo suas próprias regras, segundo sua própria lógica. O problema está justamente nessa inclusão. (1997, p. 32, grifos do autor)

Diante disso, a inclusão pode ser vislumbrada em dois momentos: no primeiro deles, o indivíduo é compelido a mercantilizar sua força de trabalho, pois as

[27] No que diz respeito às formas de existência fora do capitalismo, há a proposta da Economia Solidária que parte da ideia de que a competitividade da economia gera a acumulação de desvantagens para os perdedores. Nesse sentido, pretende ser uma alternativa superior ao capitalismo, por proporcionar às pessoas que a adotam uma vida melhor. "Vida melhor não apenas no sentido de que possam consumir com menor dispêndio de esforço produtivo, mas também melhor no relacionamento com familiares, amigos, vizinhos, colegas de trabalho, colegas de estudo, etc.; na liberdade de cada um escolher o trabalho que lhe dá mais satisfação; no direito à autonomia produtiva, de não ter de se submeter a ordens alheias, de participar plenamente das decisões que o afetam; na segurança de cada um saber que sua comunidade jamais o deixará desamparado ou abandonado. A grande aspiração que, desde os seus primórdios, sempre animou a economia solidária tem sido superar as tensões e angústias que a competição de todos contra todos acarreta naqueles que se encontram mergulhados na lógica da 'usina satânia', tão bem analisada por Karl Polanyi" (SINGER, 2002, p. 114-155).

possibilidades de existência além-mercado são mínimas; em outro momento, e em razão da expansão tecnológica e produtiva do sistema capitalista, ele é excluído daquela relação estável de emprego (desemprego) para ser reincluído no sistema de uma forma que cause ainda mais degradação à sua dignidade.[28] Virgínia Fontes (1996) defende o primeiro enfoque e José de Souza Martins (1997) aborda a última óptica.

Atualmente, tanto a inclusão forçada como a inclusão marginal revelam situações de exclusão social, na medida em que se constata a demora na absorção ao sistema econômico dominante (inclusão forçada),[29] gerando uma parcela da população que tem poucas chances de ser incluída no mercado de trabalho formal que, por isso, desenvolve um modo de vida que causa violação à sua dignidade (inclusão marginal). A fim de corroborar o exposto, José de Souza Martins (1997, p. 32) complementa:

> O problema da exclusão começou a se tornar visível nos últimos anos porque começa a demorar muito a inclusão: o tempo que o trabalhador passa a procurar trabalho começou a se tornar excessivamente longo e frequentemente o modo que encontra para ser incluído é um modo que implica certa degradação.

Portanto, a exclusão, no sentido de não-acesso a uma posição de maior vantagem em relação à anterior, torna-se inescapável. Observa-se a forma como se dá a inclusão degradante, nos trabalhadores do mercado informal (subempregos), nas mulheres no mercado da prostituição, nos jovens a serviço do tráfico de droga, etc. Denota-se, a partir disso, uma "sociedade paralela que é includente do ponto de vista econômico e excludente do ponto de vista social, moral e até político" (MARTINS, 1997, p. 34). Isso porque os indivíduos recebem por um trabalho, no entanto, esses serviços anulam sua dignidade. Revela-se, nesse ponto, um processo em que "as realidades cuja complexidade ontológica não pode ser inteiramente abrangida pelo capital são *excluídas* e, depois de reduzidas a puras determinações quantitativo-econômicas, *reincluídas* no processo, porém

[28] Avelino da Rosa Oliveira realizou estudo com o objetivo de analisar o fenômeno da exclusão tendo Marx como eixo de pensamento e indo ao encontro do afirmado no texto, assim se manifesta: "o que se pode, portanto, observar é que a manufatura incluía os que haviam sido excluídos pelas corporações. Ao mesmo tempo, com os desdobramentos deste mesmo modo de produção, outros iam sendo excluídos. E também estes últimos, mais tarde, viriam a ser incluídos, sob as novas regras e condições da burguesia. Em resumo, *exclusão* e *inclusão subordinada* são, na verdade, duas faces da mesma moeda – partes da mesma *lógica do capital.* Na verdade, elas *condicionam o processo do capital*" (2004, p. 74, grifos do autor).

[29] Frise-se que mesmo que haja essa inclusão no mercado de trabalho a exploração permanece em razão da própria lógica do capital. Nesse mesmo sentido: "é preciso atentar para o fato de que o próprio trabalho é excludente, na medida em que uma única forma determinada de atividade exclui todas as demais; ou, dito de outro modo, o trabalho exclui, não porque é desigual a divisão dos frutos da produção social, mas porque ao trabalhador são excluídas todas as demais possibilidades de efetivação de um processo de desenvolvimento omnilateral" (OLIVEIRA, 2004, p. 72-73).

já com outro *status* ontológico" (OLIVEIRA, 2004, p. 145, grifos do autor). Trata-se, assim, de um processo de redução ontológica.

As idéias apresentadas nesse item comungam com a Filosofia da Libertação, no sentido de reconhecer que o capitalismo é uma totalidade que não comporta exterioridade, pois, se há inclusão forçada e marginal, ninguém é expulso do mercado, por estar vinculado sob uma relação de trabalho. E, quando do desemprego, mantém-se incluído marginalmente.[30] É nesse ponto, da inclusão marginal, que se pode encontrar as políticas assistenciais do já abordado *Welfare State.* Todavia, "a inclusão do excluído é sua integração à lógica do princípio sintético, à lógica do capital" (OLIVEIRA, 2004, p. 145). Essa ideia é compartilhada com José de Souza Martins (2008, p. 31) quando afirma que o discurso da exclusão parte daqueles que se consideram integrados ao sistema econômico e que "dificilmente se pode ver nele um discurso anticapitalista, embora ele certamente seja um discurso socialmente crítico".

De acordo com essa lógica, mesmo aqueles que se encontram à margem da economia de mercado, nela ainda estão, pois, apesar de distante, a margem faz parte do interior de uma determinada ordem. Assim, a exclusão gerada pelo capitalismo é exclusão interna, já que mantém os excluídos dentro do sistema. Tal pensamento é fruto da concepção do capitalismo como Totalidade, ou seja, do ideário europeu moderno de eliminação da diferença, transformando-a em hierarquia.

Para a melhor compreensão dessa idéia (capitalismo como Totalidade, ou seja, negação da exterioridade), importa destacar a perspectiva da Filosofia da Libertação. Dentro desse contexto, o principal nome do pensamento filosófico libertador é Enrique Dussel.[31] Sua proposta tem início na década de 70 do século XX e surge como uma crítica à dependência econômica dos povos latino-americanos, bem como à submissão externa e negação dos direitos humanos. O caminho histórico percorrido pela América Latina é construído pela dominação interna e pela submissão externa. Colonização, exploração, dominação e exclusão são a nota distintiva dessa lógica imposta pelo "eu-conquistador",

---

[30] A respeito da inclusão à margem, Demo (2006, p. 17) diz: "Sistemas inteligentes não reprimem simplesmente possíveis rebeldes; preferem aliciá-los com artimanhas pretensamente inclusivas, mas que incluem na margem; o pobre continua marginalizado, mas sente-se incluído porque recebe alguns benefícios residuais. De fato, o sistema não teme um pobre com fome; mas um pobre que sabe pensar".

[31] Wolkmer (2004, p. 17) faz a apresentação desse filósofo nos seguintes termos: "A interpretação da filosofia da libertação que acabou se tornando mais conhecida em diversos países da América Latina foi a versão atribuída a Enrique Dussel. Em sua obra 'Filosofia da Libertação'escrita no exílio, Dussel propõe não só uma crítica à sociedade presente que nega as condições de vida digna do homem enquanto ser-no-mundo, mas uma ruptura radical com toda a metafísica tradicional vinculada ao pensamento europeu".

por essa razão, indígenas, negros, campesinos e populares são vítimas de autoritarismo e violência (WOLKMER, 2004, p. 02).

> A *Filosofia da Libertação* é um contradiscurso, é uma filosofia crítica que nasce na periferia, mas tem pretensões de âmbito mundial. Ela tem consciência *expressa* de ser periférica, mas possui, ao mesmo tempo, pretensões de âmbito mundial. Ela enfrenta conscientemente uma filosofia *europeia* (tanto a pós-moderna como a moderna, tanto a do comportamento como a comunitária) que confunde e até mesmo identifica sua característica européia concreta com o seu ignorado caráter funcional de "filosofia central" durante cinco séculos. (DUSSEL, 1995, p. 96, grifos do autor)

A preocupação principal de Dussel parte justamente do choque entre os mundos europeu e ameríndio, a dominação de um sobre o outro. A experiência inicial da Filosofia da Libertação consiste em descobrir o "fato" opressivo da dominação, em que sujeitos se constituem "senhores" de outros sujeitos. No plano mundial, centro-periferia; no plano nacional, elites-massas; no plano erótico, homem-mulher; no plano pedagógico, cultura elitista-cultura popular (DUSSEL, 1995, p. 17-18). Sobre isso, o filósofo reflete:

> A descoberta da miséria do meu povo, percebida desde a minha infância no campo quase desértico, levou-me à Europa e a Israel. Ia, assim, descobrindo [...] que a América Latina se encontra fora da história. Era preciso encontrar um lugar para ela na História Mundial, partindo da sua pobreza, e, assim, descobrir a sua realidade oculta. (DUSSEL, 1995, p. 14)

Na construção de suas ideias, Dussel procurou ainda situar o problema ontologicamente, a fim de possibilitar a penetração do *Outro* na *Totalidade* vigente, a negação dessa Totalidade e o processo de *libertação*.

Dussel recupera do pensamento de Lévinas a categoria de Outro (Altrui), que expressa o excluído, oprimido e marginalizado, "é a subjetividade imediata de uma corporalidade sofredora, sem recursos, sem alimento, sem capacidade para reproduzir sua vida; ele é um *pobre*" (DUSSEL, 1995, p. 39, grifo do autor). Não há de se falar que essa é a situação das minorias sociais, pois a condição de exclusão afeta a maioria da população latino-americana, com repercussão sinônima no Brasil. O Outro não é apenas *diferente*, pois esse termo refere-se ao ente subsumido na totalidade, mas é originariamente *distinto*, já que indica alguém que está fora da Totalidade vigente (LUDWIG, 2006, p. 150). Na análise crítica aqui realizada, pensa-se o Outro como contraposto à idéia dominante de que

o sistema capitalista não comportaria exterioridade, pois todos estariam incluídos, de alguma forma, na ordem do capital.

No plano histórico de dominação - que se inicia em 1492 com a dominação do europeu sobre o ameríndio[32] – o Terceiro Mundo, a América Latina[33] é que são vistos como o Outro.

> A América Latina é "o Outro", o *pobre;* um continente sócio-cultural tido como bárbaro, não-ser, nada, parte do *povo* mundial da "periferia" dependente e dominada; utopia interpelante, pro-vocante como classes oprimidas ou como marginalidade social. (DUSSEL, s.d., p. 80, grifos do autor)

Essa condição de Outro/não-ser gera a situação de descaso e de descomprometimento com a vida concreta[34] do oprimido, pois, ao negar o Outro, reconheço o meu mundo como o único possível.[35] O *ser* somente *é* quando está subsumido na Totalidade vigente.[36] Dessa maneira, a exclusão deve deixar de ser o ponto de partida cotidiano, para que o Outro possa participar e integrar a comunidade na qual sofre os efeitos de um consenso do qual não fez parte. Portanto, "deve-se ter em conta essa situação prévia de 'incomunicabilidade' do excluído" (LUDWIG, 2006, p. 140).

No que tange à Totalidade, Dussel a demonstra como fundamento da ontologia grega e do pensar moderno europeu e contemporâneo. Em relação ao mundo grego, assim afirma: "O *ser* humano, a Totalidade da humanidade, o horizonte antropológico chega até os muros da cidade; nem os bárbaros nem os orientais são homens. A *helenidade* é o fundamento ontológico do mundo humano" (s. d., p. 62, grifo do autor). Dessa maneira, o ser é o grego, o que não é grego seria não-ser. Esse pensamento de

---

[32] Afirma Dussel: "Foi neste mundo político indígena que, um dia, apareceram seres estranhos, divinos. Era o *ego* europeu que começava seu movimento dialético conquistador, opressor [...] se para os espanhóis a conquista foi uma *façanha*, para os índios foi um rito, a representação humana de uma catástrofe cósmica." (s.d., p. 38-40, grifos do autor).

[33] Interessante apontar que Virgínia Fontes (1996, p. 17) apresenta outra forma histórica de exclusão, particular à colonização latino-americana de pura e simples dizimação dos povos nativos, trata-se da exclusão por externalização que se revela pelo caráter de indiferença pela sobrevivência do outro. Para a referida autora, tal fenômeno refere-se à "criação de fronteiras para as quais não há modalidades possíveis ou previstas de inclusão, nem formas sistemáticas de absorção através de inclusões voluntárias (como a imigração, por exemplo) ou forçadas (escravização, proletarização etc)". Revela-se pelo caráter de indiferença pela sobrevivência do outro.

[34] "Vida humana que não é um conceito, uma idéia, nem um horizonte abstrato, mas o *modo de realidade* de cada ser humano concreto, condição absoluta da ética e exigência de toda libertação" (DUSSEL, 2001, p. 11, grifo do autor).

[35] É fruto dessa perspectiva a desconsideração com as vítimas do processo de exclusão, já que de alguma forma (forçada ou marginalmente) elas estariam incluídas no sistema.

[36] Na perspectiva marxista, quando o "trabalho vivo" é vendido e transferido ao capital, subsume-se na Totalidade.

Dussel, com raízes aristotélicas, demonstra que o ser limitava-se aos varões livres, não abrangendo a mulher e a criança gregas, estes, não-seres, porquanto além. O Outro estava fora da Totalidade, como irracional, bárbaro e inexistente. O escravo, que não era considerado humano; o assalariado, que não era proprietário do fruto do seu trabalho; a criança, que não possuía direitos na sociedade patriarcal; a periferia, em relação ao centro geopolítico. Esses Outros não eram visíveis em cada Totalidade, em cada "mundo da vida".

Explicitando o termo Totalidade, Ludwig (2006, p. 130) afirma que "Dussel emprega a expressão ontologia da totalidade para referir-se ao pensamento produzido pela filosofia do 'centro', por considerar como fundamental a categoria da totalidade". A Filosofia da Libertação preocupa-se, portanto, com a situação da pessoa que teve sua dignidade negada em face do sistema ou Totalidade. No caso em discussão, aqueles que são incluídos forçosa ou marginalmente na ordem do capital.

A vigência da Totalidade eurocêntrica nega o "ser" aos povos exteriores ao centro. Para Dussel, a Europa exporta para suas neocolônias ou para os Estados "independentes" periféricos todo um sistema econômico e político que resulta na opressão, ou seja, no tratar o Outro como não-ser por meio da servidão e exploração, tal como se deu com os indígenas e, mais atualmente, com os trabalhadores assalariados e, de forma mais aguda, os que sequer trabalho encontram e ficam à mercê da degradação da própria dignidade em troca de migalhas que lhes proporcionem a sobrevivência.

> A tentativa de incorporação desse outro ao sistema, dentro dos parâmetros impostos por este, nega-o como outro, negando, via de conseqüência, a sua distinção, ensejando a alienação que o faz perder a sua integralidade e o incorpora na totalidade como momento, aspecto ou instrumento do ser. (VASCONCELLOS, 2010, p.112)

Portanto, a contínua negação do *ser* que *é* além do horizonte da Totalidade tem gerado a situação de injustiça social que acomete a grande maioria das pessoas. De forma mais específica, no Brasil a realidade não é diferente, pois tem criado um contingente populacional dependente de políticas assistencialistas que vinculam ainda mais os pobres às sobras que lhes são oferecidas. Deixam, por outro lado, de valorizar a emancipação humana, impedindo-os de serem donos do próprio destino, cidadãos conscientes e participativos das decisões que lhes vão atingir. Uma sociedade mais humana exige a alteridade como seu elemento indispensável, todavia, "essa perspectiva não tem se

efetivado, pelo simples fato de nos acostumarmos com a perpetuação das aparências e não de essências" (TAVARES NETO; KOZICKI, 2008, p. 71).

Já em relação à outra categoria, qual seja, a da exterioridade, nota-se que esta trata o Outro como além do sistema, além da Ontologia, o "não-ser é". A Totalidade não compreende essa categoria, pois esta desborda dos seus limites. "O que existe é um estar 'fora de', um 'exterior' à totalidade eurocêntrica: um explorado e dominado" (LUDWIG, 2006, p. 180).

> Na meta-física da *espacialidade* ou exterioridade espacial (de outra maneira: alteridade *geopolítica*), a América Latina é a América pobre, e especialmente seus países mais oprimidos, são o *não-ser* geográfico. A irrupção da exterioridade geopolítica é a revolução da libertação nacional [...] Há então uma exterioridade do capitalismo internacional (a "periferia" não-é) mas há também uma exterioridade latino-americana (certas nações não expansivas e mais pobres não-são), e mesmo uma exterioridade nacional (certas regiões de cada uma das nações latino-americanas sofrem a opressão de outras; das capitais, das zonas ricas, industriais, superpovoadas). (DUSSEL, s. d., p. 80, grifos do autor)

Nesse sentido, o projeto libertador de Enrique Dussel encontra fundamento nessa transcendentalidade, na exterioridade, além da Totalidade totalizada injusta, pois é nesse momento que se encontra o não-ser em sua vida real e concreta. "A libertação implica, portanto, partir de um novo sujeito histórico, o 'bloco social dos oprimidos' que é não-ser (pois, não tem lugar na Totalidade dominadora), mas tem realidade" (LUDWIG, 2006, p. 181).

A Libertação é, portanto, o ato ou procedimento prático graças ao qual o não-livre passa a ser um sujeito atuante da liberdade (DUSSEL, 1995, p. 111). Wolkmer (2004, p. 08) afirma que "a *práxis* da libertação tem como fundamento o Outro oprimido, a reconstituição da alteridade do excluído". Dessa maneira, o objetivo é a Libertação do Outro, daquele que está além dos limites do sistema (Totalidade) vigente. Tal expediente deve se dar, primeiramente, pela afirmação da vida concreta[37] do oprimido como pessoa, para, em seguida, negar sua negação enquanto oprimido e excluído.

> O oprimido contém em seu ser (que é não-ser para a ontologia da totalidade), isto é, na sua subjetividade, na sua cultura, na sua práxis, no

[37] "*Reconhecer* o homem como afirmativamente excluído corresponde à denúncia de um limite objetivo do capital e à indicação de que a sua revalorização e reintrodução concreta nas relações sociais constitui ato emancipatório que implica efetiva resistência à lógica onímoda do capital" (OLIVEIRA, 2004, p. 27, grifo do autor).

> seu existir, exterioridade analética, que lhe permite descobrir-se como oprimido do sistema. Não fosse a exterioridade como *afirmação* analética (afirmação de sua dignidade, de sua liberdade, de sua cultura, de seus direitos, de seu trabalho – trabalho vivo, primeiro, e fonte de todo valor), estaria ele submerso, sem possibilidade de emancipação, de libertação e, enfim, sem possibilidade de *utopia.* A exterioridade é assim, a afirmação positiva e fonte axiológica de exigência de justiça. A negação da opressão inicia-se e é possível pela afirmação da exterioridade do outro (aqui o pobre e oprimido nunca inteiramente subsumido em qualquer dos níveis de dominação). Dessa maneira, o pobre/oprimido merece justiça em razão da dimensão constitutiva do seu ser como exterioridade, em fundamentação ético-metafísica. (LUDWIG, 2006, p. 216, grifo do autor)

Trata-se, assim, não de um prolongamento do sistema, mas de sua recriação por meio da positividade que contém o pobre com vistas a construir algo novo, alheio ao império de uma Totalidade até então reinante e opressora. O sistema capitalista como Totalidade nega a existência do Outro, uma vez que o incorpora sob o paradigma do capital. No entanto, esse *não-ser* (para a Totalidade) *é* (Exterioriedade) em sua vida concreta. Logo, é a partir da negação da negação que se recupera o espaço da exclusão, pois valoriza-se as realidades que oferecem resistência ao capital. A defesa da vida passa pela atenção que se deve dar aos sujeitos concretos que a experimentam, o sujeito sem rosto não alcança a salvaguarda dos seus direitos nos casos concretos. “É necessário que reconheçamos quem é este sujeito de direito, situando-o concretamente na sociedade e individualizando a sua experiência concreta, única e singular” (TAVARES NETO; KOZICKI , 2008, p. 70).

Assim, a libertação do pobre, marginalizado e excluído só será possível mediante o reconhecimento de sua existência além dos limites da ordem capitalista, haja vista não ser um incluído por estar de alguma maneira vinculado ao sistema econômico, relação esta que se dá de forma a lhe degradar a dignidade. No primeiro momento, deve-se constatar a exclusão do não-ser, afirmando sua existência, para, em seguida realizar a negação da negação, ou seja, dos processos que negam a vida, a dignidade, a emancipação e a consciência desse sujeito. Tal libertação, portanto, passa pelo reconhecimento de direitos que tenham o condão de acionar as potencialidades humanas, efetivar a dignidade menosprezada e transformar a realidade sentida e vivida daqueles que perderam a cidadania conquistada, dos que ainda não a conquistaram e dos que estão marginalmente “incluídos”. É nesse ponto que se postula o reconhecimento do direito fundamental à inclusão social como um instrumento à busca de afirmação da vida digna.

1.4 Cláusula de abertura: artigo 5º, § 2° da Constituição Federal

A proposta de reconhecimento do direito fundamental à inclusão social passa, a partir desse instante, a ser problematizada sob o viés jurídico, para que adquira a densidade normativa suficiente e possa alcançar o *status* de direito fundamental. Antes disso, no entanto, é preciso deixar claro que a emergência de novos direitos está intimamente ligada às necessidades humanas mais elementares.

A realidade social é a força motriz de onde o direito retira seu fundamento de legitimidade. Nesse sentido, a sobrevivência de uma determinada ordem jurídica depende da sua conexão com os anseios humanos. O direito, portanto, emerge da interação entre os homens. Antonio Carlos Wolkmer (1997, p. 82) afirma a respeito:

> Torna-se um processo natural que a consciência das carências e necessidades acabem concretizando reivindicações por direitos. Trata-se de direitos que a nível de instituições periféricas latino-americanas (caso do Brasil) afirmam-se básicos para a própria sobrevivência de grandes parcelas da população.

Como apontado anteriormente, a realidade brasileira é marcada por processos excludentes de múltiplas dimensões, dentre as principais, está a negação de direitos que possibilitem a transformação social. Trata-se, assim, de necessidade premente que afeta grande parcela da população brasileira alheia aos mecanismos democráticos de construção cidadã. Diante, então, da necessidade de se proporcionar mecanismos de inclusão social é que se postula o reconhecimento de tal direito fundamental no âmbito constitucional brasileiro.

Deve-se investigar, nesse ponto, a possibilidade de a Constituição de 1988 albergar novos direitos fundamentais. Para tanto, direciona-se a pesquisa à análise do artigo 5°, § 2° do Texto Maior. Essa disposição afirma que *"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"*.

O conteúdo desse texto não é inovador, pois já fazia parte dos textos constitucionais brasileiros desde a Constituição de 1891.[38] Essa norma demonstra que o rol dos direitos fundamentais, em que se pese ser extenso, não é exaustivo. Consagrou-se, assim, o *princípio da não-tipicidade constitucional*, pelo qual os direitos fundamentais são enumerados exemplificativamente e não de forma taxativa (BULOS, 2009, p. 419).

A abertura para o reconhecimento de outros direitos fundamentais evidencia que há direitos que independentemente de estarem elencados no rol específico da Constituição, por seu conteúdo e importância, são fundamentais.

Ao comentar o dispositivo constitucional em análise, Vladimir Brega Filho argumenta:

> Note-se que sequer é necessário que os direitos estejam incluídos de forma explícita na Constituição para que devam ser respeitados. A enumeração do art. 5° não é taxativa e como ela não exclui "outros resultantes do regime e dos princípios adotados", é forçoso concluir pela existência dos direitos implícitos. Existindo direitos individuais implícitos, com muito mais razão podemos dizer que existem direitos individuais expressos dispersos em outros trechos da Constituição, ou seja, existem direitos e garantias em toda a Constituição. (2002, p. 77)

Se existem direitos fundamentais além do *Título II – "Dos Direitos e Garantias Fundamentais"* da Constituição de 1988[39] (tanto na forma expressa ao longo do texto, como na forma implícita), impende investigar qual a nota distintiva que concede o *status* de fundamental a um direito. Nesse ponto, cumpre trazer a distinção entre fundamentalidade formal e material.

---

[38] Constituição de 1891: Art. 78 - *A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna*. Constituição de 1934: Art. 114 - *A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.* Constituição de 1937: Art. 123 - *A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.* Constituição de 1946: Art. 144 - *A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.* Constituição de 1967: Art. 150, § 35 - *A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota*. A EC n° 01 de 1969 manteve o texto da Constituição de 1967 no art. 153, § 36.

[39] O Supremo Tribunal Federal já reconheceu um direito fundamental que não estava expresso no rol específico por meio da ADI 939-7 (DJ 18/03/1994) relatada pelo Ministro Sydney Sanches. Nessa ação, o STF reconheceu como garantia individual do contribuinte o princípio da anterioridade tributária (art. 150, III, b da CF) em face da cobrança do IPMF (Imposto Provisório sobre a Movimentação Financeira) que não observou esse mandamento constitucional. Além disso, a doutrina reconhece o *status* de direito fundamental àqueles previstos no art. 6° da CF, dentre tantas outras normas dispersas pelo Texto.

Conforme o pensamento de Jorge Miranda, a divisão entre direito fundamental formal e material remonta ao IX Aditamento (1791) à Constituição dos Estados Unidos, que assim dispõe: "a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo" (2008, p. 13). Outras constituições ao redor do mundo também trouxeram disposição semelhante, entre as mais próximas do Brasil está a Constituição portuguesa de 1976 (art. 16, n° 1), a da Argentina (art. 33), a do Peru (art. 4°) e a da Guatemala (art. 44).[40]

A *fundamentalidade formal* dos direitos fundamentais está ligada à sua posição jurídica de vantagem, que foi positivada no texto constitucional a fim de ocupar o ápice do ordenamento jurídico, submetendo-se a um procedimento agravado, bem como à proteção de reforma por meio das cláusulas pétreas e sendo diretamente vinculante aos poderes estatais.[41] Já a *fundamentalidade material* relaciona-se àqueles direitos que, por seu conteúdo e importância, contêm decisões básicas sobre a estrutura do Estado e da sociedade (ALEXY, 2008, p. 520 e 522), ensejando assim o reconhecimento como direitos fundamentais materiais, ainda que não formalmente constitucionais (SARLET, 2007, p. 86-87).

Jorge Miranda (2008, p. 12) complementa:

---

[40] "Art. 16° (âmbito e sentido dos direitos fundamentais) 1 – Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional" (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 364). Jorge Miranda (2008, p. 176-177) traz ainda exemplos de outros ordenamentos que consagraram a cláusula de abertura ou de não tipicidade dos direitos fundamentais: "Art. 28º da Constituição de Guiné-Bissau; art. 5°, § 2°, da Constituição brasileira; art. 94º da Constituição colombiana; art. 16º, n° 1, da Constituição cabo-verdiana; art. 11° da Constituição ucraniana; art. 10° da Constituição estoniana; art. 55°da Constituição russa". A Lei Fundamental alemã de 1949 também tem caráter de não-taxatividade em relação aos direitos fundamentais, sobre esse ponto Hesse (2001, p. 87) se manifesta: "sin duda este catálogo [arts. 1° ao 19] no resulta excluyente. En los seguientes capítulos también se garantizan derechos que pueden considerarse fundamentales (por ejemplo, en los arts. 33, 101 ó 102 GG), y que también habían encontrado acogida por parte del Derecho alemán histórico en la tabla de derechos fundamentales de las constituciones". Constituição da Argentina: "Art. 33 - Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno"; Constituição do Peru: "Artículo 3°.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno"; Constituição da Guatemala: "Articulo 44.- Derechos inherentes a la persona humana. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana".

[41] Ao analisar a forma de positivação dos direitos fundamentais, Perez Luño aponta três sistemas de positivação constitucional dos direitos fundamentais. O primeiro deles se dá por meio das cláusulas gerais, ou seja, declarações genéricas que anunciam os valores básicos, sem especificar o conteúdo. A segunda forma se manifesta por meio de catálogos, nesse sistema prevalecem as disposições que pormenorizam o alcance dos diferentes direitos fundamentais. Por fim, o sistema misto conjuga os postulados principiológicos mais gerais com dispositivos detalhando os principais direitos fundamentais. Para o mesmo autor, a Constituição espanhola é exemplo do último sistema de positivação (2007, p. 58).

> Aliás, com o conceito material de direitos fundamentais não se trata de direitos declarados, estabelecidos, atribuídos pelo legislador constituinte, pura e simplesmente; trata-se também dos direitos resultantes da concepção de Constituição dominante, da ideia de Direito, do sentimento jurídico coletivo (conforme se entender, tendo em conta que estas expressões correspondem a correntes filosófico-jurídicas distintas).

A nota da fundamentalidade material, portanto, tem estreita dependência com as necessidades coletivas de uma determinada sociedade. Para José Afonso da Silva (2009, p. 178), "no qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive". Dessa forma, em terras brasileiras não há como deixar de reconhecer a importância de a inclusão social emergir como um direito fundamental, pois o art. 5°, § 2° da Constituição brasileira, a exemplo do art. 16, nº 1, da Constituição de Portugal, aponta para um conceito material de direitos fundamentais, apostando em uma *perspectiva aberta* desses direitos, a qual não os limita ao texto expresso da Constituição (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 365). Analisando o caráter aberto e incompleto da Constituição, Konrad Hesse (1998, p. 38-40, grifo do autor) aduz:

> A Constituição, portanto, não é uma ordem da totalidade da colaboração sócio-territorial e essa atividade não é, de forma alguma, mera "execução da Constituição". Tampouco ela é uma unidade já concluída – lógico-axiomática ou hierárquica de valores – sistemática. [...] deve a Constituição, enfim, ficar imperfeita e incompleta, porque a vida, que ela quer ordenar, é vida histórica, e por causa disso, está sujeita a alterações históricas. [...] Se a Constituição deve possibilitar o vencimento da multiplicidade de situações problemáticas que se transformam, então seu conteúdo deve ficar necessariamente "*aberto para dentro do tempo*".

Pode-se afirmar, assim, que em razão da abertura proporcionada pelo art. 5°, § 2° da CF/88, bem como pelo reconhecimento dos direitos fundamentais materiais, há a possibilidade, no ordenamento jurídico brasileiro, de se identificar novos direitos fundamentais que até então não se apresentavam como uma necessidade social. Tal reconhecimento pode se dar por derivarem do *regime* ou dos *princípios adotados na Constituição* e serem extraídos de valores, normas e, inclusive, fatos que permeiem os casos concretos, conferindo-lhes a *máxima proteção* dos direitos fundamentais. Como argumenta Bulos (2009, p. 419, grifo do autor),

> Só a necessidade poderá dizer e qualificar os direitos que dela participam, porque, a um segundo tempo, tais direitos vêm *implícitos*, só podendo ser

> extraídos a partir de uma avaliação conjuntural dos fatos e valores que permeiam o caso concreto. Aí está o desígnio do § 2° do art. 5°: assegurar outros direitos e garantias não mencionados de modo expresso pelo constituinte, dando à pessoa humana uma proteção mais eficaz e condigna com o regime constitucional das liberdades públicas.

Afirmar o contrário seria esvaziar o conteúdo do art. 5°, § 2° e frustrar as escolhas do constituinte originário, pois "os direitos do homem constituem uma classe variável, [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e outras culturas" (BOBBIO, 1992, p. 18-19). A disposição constitucional em discussão propicia a *oxigenação do ordenamento jurídico* a fim de acompanhar a evolução histórica da humanidade que, de tempos em tempos, reclama novas tutelas, anteriormente não tidas como indispensáveis para uma vida minimamente digna. A historicidade dos direitos fundamentais, verdadeiro processo de luta e conquista por novas liberdades, revela seu nascimento gradual, "*não todos de uma vez* e nem de uma vez por todas" (BOBBIO, 1992, p. 05, grifo nosso). Ingo Sarlet (2007, p. 104) reflete no mesmo sentido:

> Não há como olvidar, neste contexto, que a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição jurídica possa ser qualificada como fundamental.

No que diz respeito, ainda, ao surgimento de novos direitos, Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2009b, p. 299-300) apresenta os critérios que Philip Alston elencou para que um direito possa ser admitido no rol dos direitos humanos. Nesse sentido: 1) deve refletir um valor social fundamentalmente importante; 2) ser relevante, sem perder de vista a heterogeneidade dos sistemas de valor; 3) ser elegível para reconhecimento com base numa interpretação das obrigações estipuladas na Carta das Nações Unidas; 4) não ser repetitivo em relação aos direitos humanos já consagrados; 5) capacidade de alcançar elevado nível de consenso internacional; 6) compatibilidade com as práticas estatais e 7) precisão para possibilitar direitos e obrigações identificáveis. Essa sistematização diz respeito à preocupação de Alston com a extensa proclamação de novos direitos humanos sem ligação direta com a Declaração de 1948. No entanto, o objeto da presente pesquisa está restrito aos direitos consagrados numa determinada ordem constitucional. Todavia, os

requisitos trazidos por Alston servem de parâmetro comparativo, a fim de guiar o caminho para a postulação de novos direitos fundamentais.[42]

Desse modo, levando em consideração o entendimento até aqui perfilhado, podem-se classificar os direitos fundamentais nas seguintes espécies: a) *direitos formal e materialmente fundamentais*, ou seja, aqueles que devido à sua importância para uma determinada sociedade, num determinado momento histórico, são positivados nos textos constitucionais; b) *direitos materialmente fundamentais*, aqueles que contêm decisões básicas para uma dada comunidade, todavia, não foram trazidos de forma expressa numa Constituição e c) *direitos formalmente constitucionais*, seriam os direitos que apesar de virem no corpo de uma Constituição, não apresentam em seu conteúdo qualquer relevância fundamental (SARLET, 2007, p. 92). No tocante a essa última espécie de direito fundamental, há certa divergência. Jorge Miranda afirma que não existe direito fundamental apenas em sentido formal, pois para ele, "todos os direitos fundamentais em sentido formal são também direitos fundamentais em sentido material" (2008, p. 11). Essa posição também é acolhido por Ingo Sarlet (2001, p. 86).

Por outro lado, Manoel Gonçalves Ferreira Filho afirma

> Claro está que tais documentos (Declarações, Constituições, Tratados, Leis) podem enunciar direitos que não apresentem todos esses caracteres [materiais]. Serão, por isso, *direitos fundamentais apenas formais*, por importantes que sejam. Na Constituição brasileira, no art. 5°, há direitos fundamentais materiais, como o direito à vida (*caput*), mas também direitos fundamentais apenas formais, por exemplo, o direito a certidões (inciso XXXIV, b). Este, embora importante, não se liga à dignidade da pessoa humana. É, pois, apenas formalmente fundamental, enquanto aquele obviamente seria material, por sua essência, e formalmente, por estar reconhecido como tal na Constituição, como fundamental. (2009a, p. 101-102, grifos do autor)

Nesse mesmo sentido, Canotilho diz que Vieira de Andrade confirma a existência de direitos fundamentais apenas no sentido formal e assim se manifesta sobre a referida distinção: "a distinção entre direitos fundamentais materiais e direitos fundamentais formais, tal como é proposta pelo autor [Vieira de Andrade], não tem

[42] Luigi Ferrajoli aponta quatro critérios que, para ele, identificam os direitos fundamentais. São a igualdade, a democracia, a paz e a tutela do mais fraco. "La paz no solo se funda, como dice el preámbulo de la Declaración universal de 1948, en el máximo grado de efectividad de la igualdad en los derechos fundamentales y, por tanto, de la democracia, sino que se ve amenazada por el crecimiento de las asimetrías, origen de otras tantas desigualdades, entre sujetos fuertes y sujetos débiles" (FERRAJOLI, 2009, p. 371).

quaisquer resultados práticos, pois a constituição consagrou, com o mesmo título e a mesma dignidade, ambos os tipos de direitos" (2003, p. 407).

Deve-se ter em conta que os direitos fundamentais representam, em certa medida, a concretização da dignidade humana, não todos no mesmo grau e intensidade,[43] pois faz-se necessário ter em mente que existem direitos fundamentais elencados que não estão *diretamente* vinculados à dignidade da pessoa humana. Sarlet aponta os seguintes: art. 5°, incisos XVIII (criação de associações e cooperativas independente de autorização) e XXV (requisição de propriedade privada em caso de iminente perigo público); art. 7º, inciso XI (participação dos empregados nos lucros da empresa), entre outros (2007, p. 108). Em que pese a relação não ser direta, a dignidade da pessoa humana é o alicerce valorativo sobre o qual se assenta toda a organização do ordenamento jurídico brasileiro. Dessa maneira, mesmo não tendo um vínculo imediato, os direitos fundamentais não podem afastar-se completamente desse fundamento da República, já que essas disposições, ao serem aplicadas, deverão ser interpretadas tendo como objetivo último a dignidade da pessoa humana. Por fim, de acordo com Jorge Miranda, conclui-se que os direitos fundamentais "podem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade" (2008, p. 12).

O art. 5º, § 2º da Constituição Federal consubstancia-se, portanto, em verdadeira porta de entrada para novos direitos fundamentais não previstos de forma expressa pelo constituinte originário. Isso, tanto para direitos que estão dispersos no corpo da Constituição, como para aqueles que decorrem do regime e princípios adotados.[44]

Assim, esse "portal que propicia o ingresso, no ordenamento jurídico, de normas materialmente constitucionais" (BULOS, 2009, p. 419) serve de instrumento para que a dignidade da pessoa humana possa ser efetivada em escala de máxima progressividade, a fim de acompanhar as necessidades sociais, pois não se pode falar em

---

[43] "Entendemos ser possível, no mínimo, sustentar o ponto de vista de acordo com o qual os direitos fundamentais correspondem a explicitações, em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana" (SARLET, 2007, p. 124).

[44] Tal porta não estará sempre aberta, pois o sistema de abertura proporcionado pelo art. 5°, § 2° da Constituição alcança, conforme a própria disposição textual, apenas aqueles direitos que decorram do regime (Republicado e Federativo), dos princípios constitucionais e dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Além disso, não há elasticidade absoluta no âmbito dos direitos, pois sua emergência deve coexistir com aqueles já dispostos sem quebra da unidade constitucional. "A abertura a novos direitos é sempre dentro do sistema constitucional, por mais aberto que este seja perante as transformações sociais, culturais, científicas e técnicas do nosso tempo" (MIRANDA; MEDEIROS, 2005, p. 140).

direitos fundamentais sem relacioná-los a esse princípio que fundamenta a República Federativa do Brasil.

1.5 Direito fundamental à inclusão social

Neste capítulo foram abordadas as principais formas de manifestação da exclusão social, corroborando a afirmação de que se trata de um fenômeno multidimensional que afeta o indivíduo nas mais diversas formas. Apesar disso, os processos excludentes comungam no sentido de consubstanciarem-se na não participação de uma parcela populacional no conjunto de benefícios que deveriam ser gerais, principalmente num Estado que se diz Democrático de Direito. Em razão disso, faz-se necessário um recorte para estabelecer a proposta de um direito fundamental à inclusão social. Nesse trabalho, a delimitação envolve a exclusão social sob o ponto de vista da negação de ações sociais transformadoras do sujeito, diversamente das políticas assistencialistas que, como já foi apontado, são necessárias diante da urgência, mas, por outro lado, detêm baixa potencialidade de constituição de sujeitos detentores de uma história própria, não mais massa de manobra.

> A análise da exclusão social é vista como uma forma de examinar como e por que indivíduos e grupos são privados do acesso ou dos benefícios associados às oportunidades oferecidas pelas sociedades e economias. Nesse sentido, a exclusão social é essencialmente um conceito multidimensional e multidisciplinar, que une tanto os direitos sociais quanto as privações materiais, abrangendo não apenas a falta de acesso a bens e serviços, como também a exclusão no que se refere à segurança, à justiça, à representação e à cidadania. (OAKLEY, 2004, p. 97)

Tal abordagem pretende ir ao encontro das necessidades sociais, fontes permanentes de novos direitos, com o objetivo de proporcionar um salto qualitativo no que diz respeito ao trato da inclusão social no país até os dias de hoje. [45] Nos dizeres de Alexy

[45] Luiz Eduardo Wanderley (2010, p. 243) fez um estudo comparativo a respeito da forma de tratamento da questão social nos governos FHC e Lula, restringindo sua análise à gestão federal chegou à seguinte conclusão: "Sinteticamente, considerando as orientações seguidas nas duas gestões dos governos selecionados, a sua compreensão do social e da pobreza, com as exceções indicadas, elas demarcam uma postura de atacar aspectos parciais das suas consequências mais funestas e, ressalvados alguns casos, de ignorar as causas profundas, históricas, estruturais e conjunturais que ocasionam os processos, nos planos

(2008, p. 506), “a razão de ser dos direitos fundamentais é exatamente a de que aquilo que é especialmente importante para o indivíduo, e que pode ser juridicamente protegido, deve ser juridicamente garantido”. Para tanto, não se nega o caráter inclusivo das políticas de assistência social, todavia, pretende-se ir além delas, focalizando a potencialidade transformadora que é inerente ao ser humano que possibilite a emancipação e autonomia negadas quando da concessão de algumas políticas públicas.

Pedro Demo (2006, p. 32), ao analisar a pobreza política – tema que está intimamente relacionado com a abordagem dessa pesquisa - como a mais intensa das formas de pobreza no Brasil, afirma:

> Quem é politicamente pobre não sabe que é pobre e é coibido de saber que é pobre; está submetido a processo histórico de ignorância cultivada e que tem como resultado mais palpável uma população imbecilizada, marginalizada e manipulada; a população não é imbecil, mas é imbecilizada, geralmente por políticas sociais assistencialistas que conseguem, em troca de migalhas materiais, comprar a adesão política do pobre.

Esse processo histórico de afastamento forçado da população mais carente dos instrumentos de participação acarreta o enfraquecimento do Estado Democrático brasileiro (art. 1° da Constituição Federal), pois o excluído empenha mais atenção à sua sobrevivência do que à participação nas decisões que vão lhe afetar. Para se alcançar essa autonomia e consciência, algumas posições jurídicas de vantagem precisariam ser concretizadas anteriormente, são essas posições que merecem o *status* de direito fundamental à inclusão social.

No item anterior, abordou-se a possibilidade de a ordem jurídica brasileira albergar novos direitos fundamentais, principalmente em razão do seu conteúdo material estritamente ligado à maximização da dignidade da pessoa humana. Também demonstrou-se a realidade excludente vivida por grande parte da população brasileira. Diante disso, a inclusão social apresenta-se como um reclame social axiologicamente denso, apto a fazer a ordem constitucional incorporá-lo sob a forma de direito fundamental, em razão do art. 5°, § 2° da Constituição.

Não bastasse a sua intensidade própria, a tutela inclusiva já é ordenada pela Constituição brasileira de 1988. Trata-se do disposto no art. 3°, quando são apresentados os objetivos fundamentais da República:

---

mundial e nacional”. Essa ideia permite concluir que o campo de atuação para o direito fundamental à inclusão social é fértil e não pode continuar sendo tratado como tema setorial.

> Art. 3° Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Essa disposição segue o modelo português que em seu art. 9°[46] também consagra objetivos, tarefas e metas a serem observadas pelos poderes públicos, assim como, pela sociedade em suas ações. Trata-se de disposição com alto teor valorativo e ideológico, sua importância é visualizada tanto pela análise material como formal, já que o art. 3° faz parte do *Título I – "Dos Princípios Fundamentais"* da Constituição Federal. Traz em seu bojo ainda um conteúdo essencialmente comprometido com a transformação da realidade brasileira. O constituinte originário ao vincular os poderes constituídos para *"erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"*[47] assume expressamente o fato da exclusão social no Brasil encontrar-se em patamares incompatíveis com a riqueza que aqui é produzida e atribui aos poderes estatais, bem como à população, a tarefa de realizar tais intentos.

O direito fundamental à inclusão social, portanto, já em 1988, foi reconhecido como uma necessidade premente. Todavia, até então não se avançou substancialmente na transformação da realidade social brasileira, constituindo-se sujeitos aptos a melhorar suas condições de vida e a influir no espaço democrático. Nesse ponto, importa esclarecer que esse novo direito fundamental é uma decorrência do art. 3° da CF.[48]

---

[46] "Artigo 9.º (Tarefas fundamentais do Estado) - São tarefas fundamentais do Estado: a) Garantir a independência nacional e criar as condições políticas, económicas, sociais e culturais que a promovam; b) Garantir os direitos e liberdades fundamentais e o respeito pelos princípios do Estado de direito democrático; c) Defender a democracia política, assegurar e incentivar a participação democrática dos cidadãos na resolução dos problemas nacionais; d) Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo e a igualdade real entre os portugueses, bem como a efectivação dos direitos económicos, sociais, culturais e ambientais, mediante a transformação e modernização das estruturas económicas e sociais; e) Proteger e valorizar o património cultural do povo português, defender a natureza e o ambiente, preservar os recursos naturais e assegurar um correcto ordenamento do território; f) Assegurar o ensino e a valorização permanente, defender o uso e promover a difusão internacional da língua portuguesa; g) Promover o desenvolvimento harmonioso de todo o território nacional, tendo em conta, designadamente, o carácter ultraperiférico dos arquipélagos dos Açores e da Madeira; h) Promover a igualdade entre homens e mulheres" (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 274).

[47] Demonstrando a pobreza como uma violação dos direitos humanos, Sané (2003, p. 29) afirma: "Das cinco famílias de direitos humanos – cívicos, políticos, culturais, econômicos e sociais – proclamados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem como inerentes à pessoa humana, a pobreza consiste numa violação do quinto, sempre; do quarto, em geral; muitas vezes do terceiro e, às vezes, até mesmo do segundo e do primeiro".

[48] Ingo Sarlet traz a distinção entre novos direitos fundamentais que são implícitos e aqueles que são decorrentes. Para o autor, direitos fundamentais implícitos são frutos de uma extensão interpretativa do

Na esteira desse raciocínio, o direito fundamental à inclusão social pretende ser a posição jurídica de vantagem que confere à pessoa humana o acesso a um espaço político e social de oportunidades e proteção. Mas não se trata de assistência social pura e simplesmente, pois deve ir além, para proporcionar condições ao desenvolvimento consciente e pleno da potencialidade humana, a fim de constituir sujeitos da própria história, libertos das dependências que sequer supunham sofrer, e que possam interferir democraticamente nas decisões que afetam sua vida e a coletividade, por meio de direitos específicos como a educação, saúde, cultura, entre outros direitos que detêm essa capacidade emancipadora.

> A cidadania incompleta ou a negação de direitos civis (liberdade de expressão, estado de direito, direito à justiça), de direitos políticos (direito e meios para participar do exercício do poder político) de direitos socioeconômicos (segurança econômica igualdade de oportunidades) são dimensões fundamentais de vidas socialmente empobrecidas. (ZONINSEIN, 2004, p. 42)

A inclusão social é imposição do constituinte originário para a maior realização da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um direito fundamental de caráter geral, assim como é o direito fundamental à liberdade que se especifica entre tantos outros (liberdade religiosa, liberdade de associação, etc). A razão de ser desse caráter aberto está na constatação de que se a exclusão é um processo multidimensional, a inclusão também deve ser, pois a tutela jurídica não pode ser a mesma quando se depara com os moradores de rua de um lado e, de outro, as pessoas portadoras de deficiência física que dispõem de situação econômica não tão aflitiva (OLIVEIRA, 1997, p. 49-60).

Deve-se ressalvar, ainda, que o reconhecimento do direito fundamental à inclusão social, não-expresso na Constituição de 1988, não tem o condão de banalizar ou, até mesmo, enfraquecer o rol dos direitos fundamentais já expressos, uma vez que seu objetivo maior é expandir os meios de tutela da dignidade da pessoa humana, pois os direitos fundamentais são, em maior ou menor grau, concretizações desse valor essencial. Dessa maneira, não se trata de uma *panjusfundamentalização* dos direitos fundamentais, mas de apenas mais uma forma de reforçar o conteúdo do art. 1°, III da CF. A respeito da tendência de panjusfundamentalização, José Casalta Nabais afirma:

âmbito de proteção de determinado direito fundamental já expressamente positivado. Por outro lado, os direitos fundamentais decorrentes são deduzidos com base no regime e nos princípios da Constituição. Melhor opção se tem quando da utilização da denominação direitos não-expressos, pois abrange as duas categorias anteriores (2001, p. 94).

> Não constitui novidade para ninguém que o universo dos direitos fundamentais se tem alargado e complexizado de tal modo que parece rumar mesmo ao infinito. Um fenómeno que se deve a diversos factores e que por certo, em vez de reforçar os direitos fundamentais como *prima facie* sugere, ameaça estes, colocando-os perante o sério risco de banalização, já que, com uma tal inflação de direitos fundamentais, acaba por se não distinguir adequadamente os (verdadeiros) direitos fundamentais dos que ou não são ou não devem ser. (2007, p. 103, grifo do autor)

A ordem jurídica constitucional, portanto, reconhece a possibilidade do surgimento de novos direitos fundamentais com alta carga valorativa, decorrentes de princípios e do regime dispostos constitucionalmente. Além disso, as necessidades coletivas são fontes impulsionadoras para o reconhecimento de novos direitos e isso se dá de forma urgente com a exclusão social. Em razão dessa situação, acredita-se não haver obstáculo jurídico para que a inclusão social (disposta no art. 3° da Constituição Federal, ou seja, no Título *"Dos Princípios Fundamentais"*) não seja alçada ao patamar de direito fundamental, concedendo à parcela expressiva da população uma situação jurídica de vantagem, a fim de se realizar a otimização do preceito sobre o qual se fundamenta República brasileira.

2 – EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Diante de uma perspectiva liberal-burguesa, a derrota do Absolutismo Monárquico impôs a consolidação de uma nova forma no relacionamento entre Estado e sociedade, haja vista as marcas deixadas na memória pelos abusos perpetrados no período imediatamente anterior. A estrita separação entre essas duas instituições se deu por meio da concessão aos indivíduos de direitos fundamentais concebidos originariamente para afastar as violações que partiam do Estado. Nesse sentido, os direitos fundamentais seriam o *ponto extremo* perante o qual as ações estatais não poderiam ultrapassar. Essas conquistas burguesas permitiram, portanto, um amplo espaço de liberdade e autonomia nas relações travadas entre os particulares, principalmente naquelas de caráter patrimonial. A razão de ser dessa abstenção estatal, além da suposição de que as ações privadas estariam sob o manto da igualdade (formal), o que dispensava qualquer atenção do Estado, encontrava-se na necessidade da expansão capitalista à época.

Denota-se, assim, que o único destinatário dos direitos fundamentais seria o Estado, pois dele viriam as ameaças à liberdade e autonomia privada. Nesse ponto é que se diz que os direitos fundamentais teriam uma *eficácia vertical*, ou seja, a oponibilidade exclusiva em face dos órgãos estatais, únicos sujeitos obrigados a respeitar tais direitos. Essa noção enraizou-se na teoria e prática constitucionais, principalmente as dos ordenamentos vinculados ao modelo liberal.

Ocorre, todavia, que essa construção não se tem demonstrado compatível com a realidade. Dizer que os direitos fundamentais obrigam apenas o respeito por parte do Estado é minimizar o potencial garantidor que essas normas carregam em sua essência. Além disso, as ameaças aos direitos fundamentais não se originam somente do Estado. As relações de poder estão disseminadas por toda a sociedade: megagrupos industriais, comerciais, financeiros e midiáticos, capazes de impor seus modelos de políticas econômicas em face dos Estados (STEINMETZ, 2004, p. 88), e que, de alguma forma, acabam condicionando, restringindo ou até mesmo eliminando a liberdade dos indivíduos. Em razão disso, esses agentes têm recebido a denominação de *poderes privados.*[49] Tais

[49] Importa destacar nesse ponto a crítica feita por Jorge Reis Novais no que diz respeito à atualidade da tomada de consciência da ameaça dos poderes privados. Para esse autor, "a consciência dessas ameaças

poderes representam uma ameaça aos direitos fundamentais não menor do que a representada nas ações estatais, quiçá podem ser até mais perigosos que os poderes públicos, uma vez que são favorecidos pelas dificuldades existentes para articular um sistema incisivo de controle de suas ações (BILBAO UBILLOS, 1997, p. 243).

Desse modo, a eficácia vertical dos direitos fundamentais é insuficiente diante da pulverização das violações a esses direitos. Tutelar os direitos fundamentais apenas quando eles são desrespeitados pelo Estado é realizar uma proteção incompleta, pois deixa de vislumbrar os mais variados abusos perpetrados na esfera privada, protegida pela concepção liberal dos direitos. Os direitos fundamentais, pois, são respostas contra as diversas ameaças contra o homem, e a mutabilidade delas impõe o desenvolvimento de novos instrumentos que ultrapassem a proteção da relação Estado-cidadão. Além disso, a atividade dos poderes que não emanam do Estado gera reflexos diretos na realidade excludente brasileira, agravando ainda mais as relações modeladas pela desigualdade social e concentração de renda. Veja-se a reflexão de Steinmetz (2004, p. 91) a esse respeito:

> Ora, em regra, o que pauta os poderes privados é a realização do auto-interesse, a máxima otimização de vantagens. Na sociedade brasileira – uma das campeãs mundiais em desigualdades sociais e em outros tipos de mazelas sociais -, a "lógica privada" é predominantemente uma "lógica da exclusão". De fato, os poderes privados, se não limitados e controlados, são uma ameaça real à realização do projeto de sociedade delineado pela CF.

Perante essa realidade, portanto, é que se atribui aos direitos fundamentais uma vertente denominada de *eficácia horizontal*. Pretende-se enfocar com essa expressão a tese de que os direitos fundamentais não são oponíveis exclusivamente em face do poder estatal,[50] mas também em relação aos particulares. Importa destacar que essa vinculação não se dá somente contra os poderes privados, pois alberga, além deles, as relações em que não há subordinação, ou seja, nos vínculos igualitários, pois não importa de onde provem a violação, mas a tutela do direito fundamental agredido. A doutrina traz,

---

esteve sempre presente e o Estado liberal sempre procurou dar-lhe a resposta considerada adequada na época" (2006, p. 84). Ainda de acordo com seu raciocínio, a preocupação com as ameaças sociais (de terceiros) à propriedade estava consubstanciada, institucionalmente, na reserva do direito ao voto da minoria detentora daquele direito, para que nunca houvesse a permissão legal de violação da propriedade.

[50] Na defesa da teoria dos imperativos de tutela, que ainda será explanada nesse capítulo, Canaris é voz firme no sentido de defender que apenas o Estado e os seus órgãos são os destinatários originais dos direitos fundamentais. Em que pese essa posição, ele não nega que o comportamento dos sujeitos de direito privado está submetido à influência daqueles direitos, mas o faz por meio de uma construção teórica específica (2003, p. 133).

nesse sentido, os diversos conflitos de direitos fundamentais nas relações entre particulares, que podem ser exemplificados com as seguintes indagações: "uma empresa pode celebrar contratos de trabalho com cláusulas pelas quais os trabalhadores renunciem a exercer atividade partidária ou a sindicalizar-se?" (PEREIRA, 2006, p. 139); "uma associação civil pode impedir o ingresso de novos integrantes que não professem determinado credo, tendo em vista o princípio da liberdade de religião?" (SARMENTO, 2006a, p. 25); "seria inconstitucional que se proibisse, via contrato, que os funcionários de uma determinada emissora de TV apareçam em programas jornalísticos ou culturais de outras emissoras?" (SILVA, 2005a, p. 20); "é válida a cláusula de um pacto antenupcial pela qual os cônjuges se co-obrigam a não mudar de credo religioso?" (STEINMETZ, 2004, p. 37-38); poderia o proprietário de um hotel, táxi, ou restaurante, por exemplo, não admitir clientes pelo simples fato de estes professarem a fé budista?; pode um clube de futebol impedir o ingresso em seu estádio de jornalistas de um determinado veículo de comunicação que tenham feito críticas ao time?; na esfera contratual, poderia um contrato de compra e venda estipular que determinados produtos só poderão ser vendidos a pessoas muçulmanas? Em razão desse debate, questiona-se de que maneira os direitos fundamentais poderiam ser aplicados como parâmetro normativo para a solução desses casos.[51] A variação e a complexidade dos exemplos demonstram que a problemática envolve, ao menos, uma reflexão no sentido de encontrar diretrizes para respondê-la, pois deve-se levar em conta que esse conflito possui variáveis que não podem ser descartadas, quais sejam, a autonomia privada, a irrenunciabilidade dos direitos fundamentais e a dupla titularidade de direitos fundmantais.[52] Isso porque "diversamente do Estado, que tem de ser juridicamente limitado, o indivíduo é essencialmente livre, e a sua autonomia, numa ordem democrática, constitui direito fundamental constitucionalmente protegido" (SARMENTO,

[51] Tais questões não são novas como questões jurídicas, pois, como adverte Vieira de Andrade, as respostas no direito privado foram sendo dadas conforme o conflito era submetido aos tribunais. Atualmente, "o que se está em causa é saber se a solução jurídica destes problemas não deverá testar-se hoje à luz da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, isto é, se ela não depende do facto de os sujeitos privados envolvidos serem titulares de direitos fundamentais constitucionalmente protegidos" (2006, p. 277).

[52] As relações traçadas entre o Estado e o indivíduo caracterizam-se pela ausência de um direito fundamental do Estado a ser respeitado pelo cidadão. Aquelas em que há a presença exclusiva de particulares, todavia, têm a peculiaridade de envolver titulares de direitos fundamentais nos dois polos da relação. Nesse mesmo sentido, são as palavras de Jorge Reis Novais (2006, p. 91-92, grifo do autor): "quando um indivíduo opõe um direito fundamental ao Estado está a opor-lhe uma garantia forte, um *trunfo*, que o Estado só pode bater com uma justificação suficientemente ponderosa, de realização quase compulsiva. Aí reside, precisamente, a força da garantia jusfundamental. O direito fundamental só cede se o Estado for capaz de encontrar uma justificação de peso intrínseco indiscutível; a simples vontade da maioria democrática não é suficiente para justificar a restrição. Mas quando se pretende opor o mesmo direito a outro particular o que é que encontramos da outra parte? Encontramos, invariavelmente, um outro direito fundamento. Ao nosso *trunfo* responde outra parte com um outro ou até o mesmo *trunfo*".

2006a, p. 27). Portanto, é necessário cautela no tratamento da questão para que os deveres não asfixiem a liberdade.

A origem da discussão dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem raiz no direito germânico[53] a partir da segunda metade do século XX por meio da doutrina da "Drittwirkung der Grundrechte", ou seja, *efeitos frente a terceiros dos direitos fundamentais*, formulada pelo juiz do Tribunal Federal do Trabalho da Alemanha Hans Carl Nipperdey. Segundo Bilbao Ubillos (1997, p. 271), Nipperdey traz em sua teoria a consciência do poder social e econômico de determinados grupos privados, poder esse capaz de afetar intensamente um grande número de indivíduos. Em razão disso, há preceitos que reconhecem direitos fundamentais frente a esses poderes privados. Não é de se estranhar, ainda, que a gênese teórica encontre-se num tribunal em que a força dos poderes privados é mais evidente, pois é nas relações de trabalho que se vislumbram mais claramente as violações dos direitos fundamentais dos particulares por meio de outro particular.

Assim, não se pode deixar de concluir que a discussão em torno da horizontalidade dos direitos fundamentais tem em seu início uma ligação muito próxima com a emergência dos poderes privados. Trata-se do estopim para deflagrar a extensão da tutela dos direitos fundamentais nas relações que se dão entre agentes particulares, sejam eles detentores de poder ou não.

Importa destacar, nesse ponto, que a pluralidade terminológica com que o fenômeno é tratado não contribui para a sua análise efetiva: eficácia externa, frente a terceiros, horizontal, entre outras. As duas primeiras expressões são conotações presas ao paradigma liberal clássico, uma vez que partem da relação Estado-indivíduo como a matriz, sendo atípicas todas as demais relações em que o Estado não se encontra (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 384-385). Por outro lado, o termo eficácia horizontal parece não abranger as relações em que um dos particulares detém poder social e econômico, pois nesse tipo de relação é mais apropriado falar em verticalidade do quem

[53] A razão do problema da eficácia horizontal ser uma construção "*made in germany"* está no cunho liberal (proteção contra as violações estatais) da Constituição alemã a despeito da caracterização de "Estado Social e Democrático" contida no art. 20, 1. "Qualquer extensão desse âmbito de aplicação a outros tipos de relação que não as indivíduo-Estado, exige uma fundamentação que não é trivial. [...] e é por isso, também, que quase todas as teorias para a reconstrução do problema foram desenvolvidas por autores alemães, que tinham que superar dificuldades e limites do texto constitucional alemão que não estavam presentes em outros países" (SILVA, 2005a, p. 23).

em horizontalidade.[54] Por fim, o trabalho aqui desenvolvido entende, na esteira da posição de Sarlet (2000, p. 114), que a expressão eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é a que dá conta de focalizar o fenômeno tratado de forma mais precisa e específica.[55]

Assim, diante das considerações acima expostas, pode-se afirmar que o problema é real, a controvérsia e a possibilidade ampla de respostas confirmam essa assertiva. Todavia, deve-se refletir se a realidade do problema é significativa para o ordenamento constitucional brasileiro ou se a discussão não tem o condão de extrapolar os limites europeus de onde se originou, uma vez que a Constituição de 1988 não se pronunciou expressamente sobre a temática.[56] São poucas as constituições do pós-guerra que, aos poucos, vêm dando espaço para a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas no sentido de decidir se as normas fundamentais se aplicam ou não a tais relações, como, por exemplo, a Constituição da República Portuguesa (1976) que em seu art. 18.1 dispõe: *"Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas"*. De igual modo, possuem disposições similares a Constituição da Federação Russa (1993 - art. 17.3): *"O exercício dos direitos e liberdades do homem e do cidadão não deve infringir os direitos e liberdades das demais pessoas"* e a Constituição da Suíça (1999 - art. 35): *"1. Os direitos fundamentais devem marcar todo o ordenamento jurídico. (...) 3. As autoridades devem zelar para que os direitos fundamentais, por quanto para isto se prestam, sejam realizados também nas relações entre particulares"*. Virgílio A. da Silva (2005a, p. 60) ainda aponta a Constituição sul-africana (art. 8, 2) e a Constituição alemã (art. 9, 3) como exemplo de previsões constitucionais sobre os direitos fundamentais e as relações privadas.

Em que pese o texto constitucional desses países ter se manifestado, a discussão não se encerra,[57] pelo contrário, dizer que os direitos fundamentais devem ser

---

[54] Após trazer as críticas que aqui também foram lançadas à expressão eficácia horizontal, Steinmetz (2004, p. 58) tem por apropriado o uso da mesma expressão quando se entende horizontalidade por aquilo que os particulares têm em comum, por exemplo: a igualdade na titularidade de direitos fundamentais.

[55] Frise-se que no decorrer do trabalho a expressão eficácia horizontal será utilizada como sinônima da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares para que o texto não se torne repetitivo.

[56] Como será observado adiante, em que pese a não manifestação expressa, é possível encontrar disposições de direitos fundamentais que têm por objetivo a aplicabilidade no âmbito das relações privadas, como os direitos dos trabalhadores, por exemplo.

[57] Ao comentar o problema na Constituição portuguesa, Vieira de Andrade (2006, p. 283, grifo do autor) diz: "no que respeita à nossa Constituição, devemos começar por negar que o preceituado no n° 1 do artigo 18° possa ser considerado suficiente para a resolução do problema. Se é certo que aí se afirma claramente que os preceitos constitucionais vinculam as entidades privadas, não se diz *em que termos* se processa essa

aplicados/respeitados nas relações entre agentes privados é ultrapassar apenas o primeiro degrau no caminho do problema, pois resta o obstáculo mais difícil, qual seja, encontrar a forma, a medida, a extensão da eficácia desses direitos nas relações entre particulares. Sobre esse assunto, Alexy (2008, p. 528, grifos do autor) argumenta;

> Atualmente a idéia de que as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão e, nesse sentido, têm um efeito perante terceiros, ou efeito horizontal, é amplamente aceita. O que é polêmico é como e em que extensão elas o fazem. A questão sobre *como* as normas de direitos fundamentais produzem efeitos na relação cidadão/cidadão é algo que diz respeito a um *problema de construção.* A questão sobre *em que extensão* elas o fazem é uma questão que expressa um problema substancial, a saber, um *problema de colisão*.

Como já afirmado, o Brasil pertence à categoria dos países que não contêm uma previsão expressa a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Seria o caso de se indagar, então, sobre a possibilidade de os direitos fundamentais poderem, de alguma maneira, ser projetados na esfera dos negócios jurídicos privados. Os direitos fundamentais dos trabalhadores, expressos no art. 7° da Constituição de 1988, são normas que, em sua essência, são oponíveis aos particulares na relação empregador-empregado. Além desses, a liberdade de expressão e o direito de resposta, os direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem são exemplos de direitos que podem ser utilizados contra a violação por parte de particulares. Por outro lado, encontram-se direitos fundamentais cujo destinatário só pode ser o Estado, como os direitos de nacionalidade, o direito de asilo, a garantia contra a extradição, entre outros.[58] Logo, a falta de permissão expressa no texto constitucional brasileiro à eficácia horizontal não autoriza que se afirme, de imediato, a impossibilidade dessa vinculação, pois se não o permite também não o proíbe. Dessa maneira é de se frisar que manter a esfera privada imune aos ditames dos direitos fundamentais é preservar a exploração e a marginalização cometidas por meio dos poderes privados.

---

vinculação e, designadamente, não se estabelece que a vinculação seja idêntica àquela que obriga as entidades públicas".

[58] Jorge Reis Novais entende que a divisão entre direitos fundamentais só aplicáveis ao Estado ou somente aos particulares não é a mais razoável para ajudar na busca de respostas para o problema da horizontalidade. Para esse autor (2006, p. 70, grifo do autor) "uma resposta ao nosso problema com pretensões de validade só é praticável, como se verá, se for generalizável a todos os direitos fundamentais, pois, de outro modo deixará sempre ao critério do operador no caso concreto, uma discricionariedade de seleção do *tipo* de direito fundamental e da correspondente *teoria* a aplicar ao caso, justificando, dessa forma, uma resposta que, afinal, já estava encontrada".

Por tais motivos, deduz-se que a análise da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares precisa partir de um fundamento seguro para que a sua problematização possa sustentar as variadas consequências dispostas nas teorias que a explicam, bem como nas propostas para solucionar o conflito desses direitos. Diante disso, importa posicionar-se a respeito de um determinado modelo constitucional e de sua possível relação com o direito privado.[59] A premissa da qual o presente trabalho localiza-se no aporte teórico denominado de *neoconstitucionalismo*. Tal investigação demonstrará, portanto, a pré-compreensão que se entende necessária para recolher fundamentos que justifiquem a postulação dos efeitos dos direitos fundamentais entre atores privados.

2.1 – Neoconstitucionalismo como premissa teórica

Primeiramente, é imperioso tecer alguns comentários a respeito daquilo que se denomina constitucionalismo, pois para se argumentar sobre uma versão nova (*neo*) é indispensável demarcar o seu sentido tradicional. Numa perspectiva histórica, não se desconhece o relato de povos antigos que já se utilizavam de padrões impositivos, com fundamento divino, no sentido de gerar alguma restrição ao poder dos mandantes. No entanto, para se alcançar uma delimitação mínima, e em razão da influência nos diversos ordenamentos, o presente enfoque partirá da observação da realidade constitucional inglesa da Idade Média[60] a fim de encontrar a essência do constitucionalismo tradicional.

O constitucionalismo liga-se intimamente às questões que envolvem o poder político e sua limitação, em outros termos, a relação entre os detentores do poder e a comunidade regida por eles. A experiência precursora nesse âmbito pode ser encontrada no

[59] A dicotomia público-privado, fruto do liberalismo burguês, teve seu apogeu na França quando, no início do século XIX, Napoleão esforçou-se no sentido de providenciar a sistematização das leis em forma de códigos com pretensão de ali esgotar o que se considerava direito. Mantendo, dessa forma, um estatuto jurídico independente em relação à Constituição. No entanto, "esa frontera se ha ido difuminando, es cada vez menos nítida" (BILBAO UBILLOS, 2006, p. 307), a posterior centralidade do sistema em torno da Constituição teve o condão de relativizar essa separação estanque, possibilitando seu entrecruzamento. "Se é verdade que a Constituição converteu-se no centro de gravidade do Direito Privado, não é menos certo que ela não pretende desempenhar papel semelhante ao dos códigos do passado, disciplinando de forma exaustiva as condutas humanas em sociedade. Fica preservado o espaço de concretização do legislador, nos limites talhados pela ordem constitucional, os quais não devem ser ameaçados pela jurisdição" (SARMENTO, 2006a, p. 82).

[60] Deve-se ressalvar que a periodização da história é vista sob a óptica eurocêntrica, desprezando a cultura do oriente. Não corresponde, ainda, necessariamente, a um modo homogêneo e gradual das mudanças ocorridas na história.

século XIII, na Inglaterra. Diante da estrutura feudal, a tensão existente entre a nobreza e a força política dos barões resultou na outorga, em 1215, por parte do rei João Sem Terra, de um documento de resguardo dos direitos feudais dos barões em troca da fidelidade ao rei, denominado Magna Carta. Entre as garantias previstas nesse texto destacam-se a liberdade da Igreja, as restrições tributárias, a proporcionalidade entre delito e sanção e a previsão do devido processo legal. Não se deve perder de vista, entretanto, que essas concessões limitavam-se à proteção dos interesses dos barões e do clero, mesmo assim, constituem um passo importante na limitação dos poderes por meio de documentos escritos.

A partir daí, a configuração histórica dos conflitos entre o rei da Inglaterra e o Parlamento possibilitou a concessão de outros textos substancialmente restritivos, como a *Petition of Rights* (1628) e a *Bill of Rights* (1689). Nesse contexto, Jorge Miranda (2007, p. 77) exemplifica algumas das garantias expressas nos três textos ingleses:

> Ninguém pode ser detido ou sujeito a prisão ou privado dos seus bens ou colocado fora da lei ou exilado ou, de qualquer modo, molestado senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país (Magna Carta, 39); Seja qual for a sua categoria ou condição, ninguém pode ser expulso das suas terras ou da sua morada, nem detido, preso, deserdado ou morto sem que lhe seja dada a possibilidade de se defender em processo jurídico regular (Petição de Direito, IV); [...] Os súbditos têm direito de petição perante o Rei e são ilegais todas as prisões ou processos por causa do exercício deste direito (Declaração de Direitos, n° 5); [...] Não devem ser exigidas cauções demasiado elevadas, nem aplicadas multas excessivas, nem infligidas penas cruéis e aberrantes (*ibidem*, n° 12).

A nota distintiva do constitucionalismo inglês está, pois, na sua lenta e progressiva evolução, formando um sistema consistente que prescindiu de uma Constituição escrita,[61] em que pese a existência de documentos relevantes de natureza constitucional, como as leis constitucionais que são "atos do Parlamento e têm natureza constitucional não em razão da forma de votação, mas do seu conteúdo, por lidarem com matérias afetas ao poder político e aos direitos fundamentais" (BARROSO, 2010, p. 13).

Logo, denota-se que o sistema constitucional inglês à época, em razão do caráter consuetudinário e da multiplicidade de documentos escritos, gerou uma certa

[61] A respeito da afirmação de que Constituição inglesa é uma Constituição não escrita "só em certo sentido este asserto se afigura verdadeiro: no sentido de que uma grande parte das regras sobre organização do poder político é consuetudinária; e, sobretudo, no sentido de que a unidade fundamental da Constituição não repousa em nenhum texto ou documento, mas em princípios não escritos, assente na organização social e política dos Britânicos" (MIRANDA, 2007, p. 75).

estabilidade institucional. Esse foi o motivo pelo qual as realidades norte-americana e francesa de lá buscaram inspiração para instrumentalizarem, também, a limitação dos poderes.[62] Nesse sentido, Santi Romano (1977, p. 51-52) aponta os institutos mais importantes de fonte inglesa, quais sejam:

> 1) o instituto da monarquia constitucional (as monarquias precedentes eram absolutas): naqueles Estados que não adotaram a forma de governo republicano, que, naturalmente, implica um maior destaque do governo inglês, pelo reflexo que tal forma de governo tem sobre muitas outras instituições; 2) o parlamento bicameral: alguns Estados, porém, têm preferido o sistema unicameral e em outros o bicameralismo tem assumido caráter absolutamente diverso; 3) o instituto da representação política, efetuado com ao menos duas câmaras e cujos membros são costumeiramente designados por eleição popular; 4) o governo de Gabinete e sua responsabilidade perante o parlamento; 5) as liberdades públicas e suas garantias constitucionais.

Assim, a repercussão dos documentos limitativos outorgados em terras inglesas ultrapassou os seus limites territoriais. A força desse argumento está no fato de que o rompimento com a metrópole inglesa por parte dos Estados Unidos da América, em razão de restrições à atividade econômica dos colonos, bem como por imposições tributárias sem a participação norte-americana (*no taxation without representation*), deu azo à formação da primeira Constituição escrita do mundo moderno, em 1787.

> O modelo americano de constituição assenta na idéia da *limitação normativa* do domínio político através de uma lei escrita. Esta "limitação normativa" postulava, pois, a edição de uma "bíblia política do estado" condensadora dos princípios fundamentais da comunidade política e dos direitos dos particulares. Neste sentido, a constituição não é um contrato entre governantes e governados mas sim um acordo celebrado pelo povo e no seio do povo a fim de se criar e constituir um "governo" vinculado à lei fundamental. (CANOTILHO, 2003, p. 59, grifo do autor)

Está presente, nesse contexto, a idéia de imposição de limites à vontade política por meio de um documento, no caso norte-americano, formalmente escrito, que garante direitos em face do poder estatal. Frise-se, nesse ponto, que em sua versão original a Constituição dos EUA não continha uma declaração de direitos, os quais vieram a ser introduzidos em 1791, com as dez primeiras emendas.

---

[62] Importa destacar a ressalva feita por Santi Romano a respeito da influência gerada pelo modelo inglês: "cumpre ressaltar que só se pode falar de recepção do direito público inglês no continente europeu em sentido impróprio: trata-se de uma pálida e inexperiente imitação, através da qual as instituições inglesas foram no seu espírito substancialmente reelaboradas e mesmo deformadas. Ela não pode ser confrontada, como se pretende, com a recepção, por parte de outros povos, do direito privado romano" (1977, p. 50-51).

De outra parte, no continente europeu de fins do século XVIII, as tensões políticas alcançaram o seu ponto extremo e a consequência foi a derrocada do regime absolutista na França. O constitucionalismo francês, portanto, foi construído tendo por alicerce a superação revolucionária das estruturas antigas, bem como o ideal universalizante dos seus postulados, atingindo sua formalização por meio da Declaração Universal de 1789, bem como da Constituição de 1791.

Apesar da breve análise aqui apresentada, pode-se entender que o constitucionalismo é um fenômeno de limitação do poder político por meio de Constituições escritas que, por outro lado, assegurem direitos e garantias fundamentais. Tal processo tem origem mais direta no sistema inglês. Essa idéia é compartilhada por Santi Romano ao afirmar que o movimento constitucionalista moderno é aquele que "tinha por finalidade introduzir no continente uma ordenação semelhante àquela que há séculos vigorava na Inglaterra" (1977, p. 42).

Dessa maneira, vê-se que os caminhos percorridos pela Inglaterra, Estados Unidos da América e França entre os séculos XVII e XVIII, principalmente, foram indispensáveis para a consolidação do Estado Constitucional, limitado politicamente contra a tirania e a arbitrariedade e garantidor de liberdades públicas exteriorizadas em forma de direitos fundamentais. Assim, é possível concluir, na esteira do raciocínio de Ferrajoli, (2007, p. 71) que o constitucionalismo é um conjunto de proibições e obrigações impostas pelas Constituições e, mais precisamente, pelos princípios e direitos fundamentais, a todos os poderes públicos. Trata-se, pois, da emergência da Constituição como um texto importante para disciplinar a vida política do Estado, contendo suas tensões totalizantes. De acordo com Ferreira Filho (2009b, p. 66), essa função limitativa "traduz o reconhecimento de que, vinculada a Lei Magna à garantia dos direitos fundamentais, estes traçam os limites inafastáveis da ação governamental. Com efeito, tais direitos demarcam a fronteira até onde o Poder pode ir, ao mesmo tempo que resguardam uma área de autonomia individual".

A separação estrita de poderes, o princípio da legalidade, os direitos e garantias individuais foram as formas pelas quais o constitucionalismo tradicional, tal como expendido até aqui, se manifestou. Todavia, as construções teóricas que sustentam esse modelo não têm dado conta de trabalhar com as necessidades e com a evolução pela qual passa o direito constitucional nessa quadra da história. Tais transformações dão sinais da insuficiência do sistema tradicional em conceder respostas aos problemas causados numa sociedade complexa, excludente e global. Constata-se que "em países de

modernidade tardia, como o Brasil, é urgente o despertar do *sono dogmático*, para forjar o pensamento crítico indispensável para fazer avançar o estudo do direito" (CAMBI, 2009, p. 19, grifo do autor). Nesse ponto, é que se vislumbra a emergência de um novo paradigma com vistas a, por meio do direito, transformar a realidade para alcançar fins inclusivos.[63]

Essa proposta radica-se no fenômeno que se tem designado de *neoconstitucionalismo.* Encontrar o seu delineamento conceitual, funções e objetivos é tarefa que tem despertado cada vez mais atenção dos estudiosos do direito, em especial, do direito constitucional. Por tudo isso, essa investigação, será o próximo objeto de análise do presente estudo.

Deve-se indagar, primeiramente, se há algo realmente novo nesse contexto que possa justificar o prefixo "neo" junto ao termo constitucionalismo. Essa dúvida é compartilhada por Miguel Carbonell (2007, p. 09, tradução nossa) quando diz que "não são poucos os autores que se perguntam se, em realidade, há algo novo no neoconstitucionalismo, ou melhor, se trata de uma etiqueta vazia, que serve para apresentar sob uma nova roupagem questões que antes se explicavam de outra maneira".[64]

O neoconstitucionalismo abarca transformações no seio da teoria e prática do direito constitucional que tiveram destaque a partir do fim de II Guerra, principalmente em razão do texto constitucional alemão (Lei Fundamental de Bonn - 1949) e da atuação do seu respectivo Tribunal Constitucional, além das Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), estas últimas destacando-se pelo catálogo de direitos fundamentais afirmativos da democracia após períodos de ditadura. Luis Prieto Sanchís (2007, p. 213, tradução nossa) refere-se às mudanças do constitucionalismo nos seguintes termos:

---

[63] Para o surgimento de um novo paradigma, é preciso que o atual seja insuficiente para alcançar os fins para os quais fora criado. Nesse ponto, Antonio Carlos Wolkmer (1997, p. 65) explicita: "O processo de substituição de um velho paradigma por outro, além de ser aceito pela comunidade científica, depende, não obstante, de que ele mostre ser um modelo de procedimento efetivo na resolução de pelo menos alguns dos problemas que o paradigma anterior não conseguia resolver. A circunstância do fracasso de um paradigma é pré-requisito para a instauração de uma situação de crise e as crises são pré-condição necessária para a emergência de novos paradigmas". Denota-se, portanto, que é indispensável a situação de crise do paradigma vigente, fato este que se encontra, na argumentação do presente trabalho, na inefetividade do direito constitucional pensado e aplicado sob o manto do constitucionalismo tradicional. Todavia, o neoconstitucionalismo é um paradigma que não menospreza alguns aspectos do conhecimento acumulado no passado como a necessária limitação do poder, porém, o revalora para potencializar a sua efetividade na busca de outros fins não pensados originariamente.

[64] "No son pocos los autores que se preguntam si en realidad hay algo nuevo en el neoconstitucionalismo o si más bien se trata de una etiqueta vacía, que sirve para presentear bajo un nuevo ropaje cuestiones que antaño se explicaban de outra manera" (CARBONELL, 2007, p. 09).

> O constitucionalismo europeu do pós-guerra adquiriu uma singularidade tão evidente que, no dizer de alguns, não somente encarna uma nova e peculiar forma política inédita no continente, como também deu lugar ao surgimento de uma nova cultura jurídica, o neoconstitucionalismo.[65]

Suas ações inovadoras encontram-se no estabelecimento de *normas substantivas* nas constituições, que ultrapassam a mera limitação de poder. Além disso, e em razão dessas normas principiológicas, a prática jurisprudencial das Cortes Constitucionais passa a trabalhar com *técnicas interpretativas próprias para os princípios* (interpretação conforme a Constituição, proporcionalidade, máxima efetividade dos direitos fundamentais, etc.) e, para completar essas mudanças, o desenvolvimento de *construções teóricas* para explicar tal fenômeno (Ronald Dworkin, Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli e outros). O resultado desse processo culmina em Constituições com alta carga valorativa garantida por meio do controle judicial.

Importa destacar que essas características não são originariamente inéditas no âmbito do constitucionalismo, haja vista as declarações de direitos já em 1789, bem como o controle de constitucionalidade norte-americano inaugurado em 1803 com o caso *Marbury vs Madison*. Apesar disso, para Miguel Carbonell (2007, p. 11) a novidade está no conjunto dessas transformações, não em cada elemento analisado isoladamente. De fato, Sanchís (2004, p. 214, tradução nossa) chega à mesma conclusão quando afirma que

> A novidade, portanto, não reside em nenhuma dessas características tomadas por separado, mas precisamente na conjugação de ambas; é a convergência de duas tradições constitucionais que permite conceber a Constituição simultaneamente como um limite ou garantia e como uma norma diretiva fundamental.[66]

Assim, vislumbram-se os contornos iniciais do neoconstitucionalismo, pela constatação de que houve um conjunto de mudanças (normativas, teóricas e práticas) no sentido de conceder novo posicionamento à Constituição diante da realidade política e social. Contudo, a problemática que envolve o neoconstitucionalismo enseja múltiplas análises. Pode-se constatar tal fato já no título da obra organizada por Miguel Carbonell, que teve grande repercussão na academia, denominada *Neoconstitucionalismo(s)*, que

---

[65] "El constitucionalismo europeo de posguerra ha adquirido una singularidad tan acusada que, al decir de algunos, no sólo encarna una nueva y peculiar forma política inédita en el continente, sino incluso ha dado lugar al surgimiento de una nueva cultura jurídica, el neoconstitucionalismo" (SANCHÍS, 2007, p. 213).

[66] "La novedad por tanto no reside en ninguno de esos rasgos tomados por separado, sino precisamente en la conjugación de ambos; es la convergencia de dos tradiciones constitucionales lo que permite concebir a la Constitucións simultáneamente como un limite o garantia y como una norma directiva fundamental" (SANCHÍS, 2004, p. 214).

recebeu, dentre outras, a seguinte referência: "a obra vem no plural, com um 's' entre parênteses – neoconstitucionalismo(s) -, indicando a pluralidade de pensamentos sobre o tema. Ou seja, seu conceito e seus contornos ainda estão longe de ser unívocos" (MOREIRA, 2008a, p. 21). Para evitar redução e simplificação da temática, destacar-se-ão algumas abordagens consideradas importantes diante desse novo fenômeno.

A primeira delas, de raiz espanhola, encontra-se em Luis Prieto Sanchís (2004, p. 397-398). Esse autor encara o neoconstitucionalismo sob três acepções diferentes, quais sejam: um certo tipo de *Estado de Direito*, uma *teoria do Direito* e uma *ideologia* que justifique os elementos anteriores. No que se refere à ideologia, Sanchís apresenta três diferentes níveis. O neoconstitucionalismo em sentido ideológico é, primeiramente, uma filosofia política que considera o Estado Constitucional de Direito como a forma mais justa de organização política. Já a segunda dimensão da ideologia neoconstitucionalista encontra-se na defesa de uma vinculação necessária entre direito e moral. Deve-se ressaltar, nesse ponto, que a separação da moral do âmbito do direito está pautada na teoria juspositivista que, pela sua pretensão de generalidade, não poderia incluir diretrizes morais sob pena de descaracterizar a universalidade por ela perseguida. Isso porque, os diversos conteúdos que a moral toma em cada contexto nacional seriam incompatíveis com a teoria geral do direito buscada pelo positivismo jurídico. Com isso, o neoconstitucionalismo se afasta de uma proposta universal para consubstanciar-se numa teoria particular do direito, própria dos países democráticos com constituições avançadas (MOREIRA, 2008a, p. 29).

Em seu último viés, o neoconstitucionslismo ideológico trata de uma nova visão da atividade interpretativa, defendendo a adoção de um ponto de vista interno e comprometido do jurista, bem como um labor crítico e não somente descritivo por parte do operador jurídico. Essa mudança no agir do intérprete é uma reação ao legado epistemológico-positivista da neutralidade. A neutralidade afasta o julgador da relação jurídica que se impõe diante dele, mantendo-o do lado de fora, pois parte da premissa de que a realidade é dotada de exterioridade própria, e assim exclui a interação-construção do julgador com o caso concreto[67]. Tal atuação isenta o operador do direito do compromisso

[67] Além desse primeiro pressuposto, pode-se apontar que essa visão epistemológica também partia da afirmação de que *o conhecimento é representação do real*. Se o objeto é dotado de exterioridade própria, ou seja, é em si mesmo, a operação de conhecimento do sujeito será capaz de descrever a essência do objeto. Assim explicita Ricardo Marcelo Fonseca (2009, p. 148): "A tarefa do sujeito (do 'pintor') é meramente mecânica, é meramente passiva. Ele não pode 'representar' a paisagem – pois isso implicaria no fato dele ter que imprimir na pintura a sua técnica, o seu conhecimento de pintura, enfim, a sua 'subjetividade'; ele deve, isso sim, 'apresentar a paisagem' como ela é, pois o conhecimento, segundo o positivismo, tem essa

com a defesa do conteúdo valorativo trazido no texto constitucional, enfraquecendo, dessa maneira, a pretensão de transformação que as Constituições contemporâneas carregam em si. A necessidade de neutralidade para se alcançar a realidade do objeto tal como ele é não se sustenta nem mesmo no terreno das ciências físico-matemáticas, pois "a simples escolha de um artefato (e não de outro), de uma hipótese (e não de outra), com o fito de realizar um experimento ou orientar um raciocínio, importa em um *juízo de valor*, que impregnará todo o processo, ainda que, desta *opção* em diante, seja orientado pela rigorosa lógica" (AZEVEDO, 2000, p. 48-49, grifos do autor).

Portanto, a descrição do objeto de conhecimento como se fosse uma realidade exterior ao sujeito contrapõe-se à idéia de que o conhecimento é construído, ou seja, o conhecimento não é passivo, mas deriva das interações do ser vivo com o mundo. Para Maturana e Varela todo conhecer depende da estrutura daquele que conhece (2001, p. 40), por isso a incompatibilidade entre a pretensa neutralidade por parte do sujeito cognoscente, do observador, do intérprete, do julgador.

Retornando à discussão anterior, nota-se que Sanchís prossegue em sua abordagem postulando a necessidade de uma teoria do direito que explique as mudanças do direito constitucional. A supremacia constitucional impulsiona uma teoria em que as características principais estariam assim resumidas:

> Mais princípios que regras; mais ponderação que subsunção; onipresença da Constituição em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentária; onipotência judicial em lugar da autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma constelação plural de valores, às vezes, tendencialmente contraditórios, em lugar da homogeneidade ideológica em torno de alguns princípios coerentes entre si e em torno, sobretudo, às sucessivas opções legislativas.[68] (SANCHÍS, 2004, p. 405, tradução nossa)

---

capacidade de apresentá-lo. (2009, p. 148). Por fim, o terceiro e último pressuposto epistemológico consiste na existência da *dualidade entre fatos e valores.* Nessa separação incisiva os fatos relacionam-se exclusivamente com os objetos e os valores restringem-se à ordem dos sujeitos. "No processo cognitivo, entende-se que não existem valores no objeto bem como não se pode encontrar uma instância fática com o sujeito" (FONSECA, 2009, p. 149).

[68] "Más principios que reglas; mas ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las areas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos en favor de la opción legislativa o regulamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherente entre sí y en torno, sobre todo, a las sucesivas opciones legislativas" (SANCHÍS, 2004, p. 405).

É importante ressaltar que Sanchís, ao anunciar a característica da *onipotência judicial*, utiliza-se de expressão forte que pode denotar um certo totalitarismo judicial, incompatível com qualquer modelo que se funde nos ideais democráticos, como é o caso do neoconstitucionalismo aqui exposto. No entanto, as palavras dele podem ser entendidas no sentido de que haverá interferência judicial em lugar da autonomia do legislador naqueles momentos em que os atos do órgão representativo estiverem em desconformidade com o compromisso de respeito e defesa dos valores insculpidos na Constituição. O seu discurso se volta, portanto, para a proteção da Constituição e, consequentemente, para a separação harmoniosa dos poderes.

Dessa maneira, a principal característica do neoconstitucionalismo teórico seria a representação de uma alternativa ao positivismo jurídico tradicional, ou seja, uma proposta superadora dos postulados fortemente vigentes no século XX e que, ainda hoje, refletem no direito. É, portanto, das amarras avalorativas do direito subordinado à lei e aplicado mecanicamente por um operador neutro em relação ao objeto que a teoria neoconstitucional pretende se libertar.

Por fim, Sanchís (2004, p. 398-399) aponta o neoconstitucionalismo como um modelo de Estado Constitucional de Direito. Tal modelo é o resultado de duas tradições constitucionais: a primeira, de raiz norte-americana, concebe a Constituição como regra do jogo da competência social e política, como um pacto de mínimos que assegura a liberdade dos indivíduos. Sua contribuição básica está na supremacia constitucional e consequente garantia jurisdicional. Já a segunda tradição defende a Constituição como um projeto diretivo para a sociedade, condicionando as decisões coletivas, trata-se de concepção europeia que destaca o conteúdo normativo-ideológico dos textos constitucionais.

Segundo Sanchís (2004, p. 400-401, tradução nossa),

> O neoconstitucionalismo reúne elementos destas duas tradições: forte conteúdo normativo e garantia jurisdicional. [...] Em poucas palavras, o resultado pode resumir-se assim: uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, mas cujo protagonismo principal não corresponde ao do legislador, mas ao dos juízes.[69]

[69] "El neoconstitucionalismo reúne elementos de estas dos tradiciones: fuerte contenido normativo y garantía jurisdiccional. [...] En pocas palabras, el resultado puede resumirse así: una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces" (SANCHÍS, 2004, p. 400-1).

O resultado dessa conjugação aparece numa Constituição com alta carga normativa, bem como na correspondente garantia desses direitos por meio da jurisdição constitucional. Nos dizeres de Prieto Sanchís, trata-se de "constituições materiais e garantidas" (2007, p. 213, tradução nossa).[70] Eduardo Moreira (2008a, p. 19, grifo do autor) conclui o mesmo ao dizer que essa união de tradições constitucionais distintas forma um "*constitucionalismo garantidor do denso conteúdo material de suas normas constitucionais*".

Além de Sanchís, outros enfoques foram lançados diante do fenômeno neoconstitucional. O italiano Paolo Comanducci (2002, p. 89) divide sua análise do neoconstitucionalismo em *teoria*, *ideologia* ou *metodologia* do direito. Tal classificação é análoga àquela do positivismo jurídico feita por Norberto Bobbio.[71] Em síntese, Comanducci (2002, p. 100-102) aponta o neoconstitucionalismo como uma proposta teórica que dá conta do funcionamento e da estrutura dos sistemas jurídicos contemporâneos melhor do que a teoria tradicional juspositivista; e, no âmbito ideológico, afirma a necessidade de defesa e efetivação dos direitos fundamentais por meio de uma obrigação moral de obediência à Constituição. Por fim, o neoconstitucionalismo metodológico sustenta a tese de conexão necessária entre o direito e a moral, especialmente em razão dos princípios constitucionais.

Não se desconhece, inclusive, a existência de diversos outros prismas dados ao fenômeno do neoconstitucionalismo, tais como o de Antonio Cavalcanti Maia (2007), de Écio Duarte e Susanna Pozzolo (2006) e de Eduardo Cambi (2009), apenas para citar alguns. Todavia, como é preciso alcançar delimitação mínima a fim de que o objeto possa ser satisfatoriamente compreendido, nesse ponto passa-se a trabalhar com a proposta neoconstitucional pensada como a mais próxima à inclusão social e à eficácia dos direitos fundamentais nas relações travadas entre particulares.

---

[70] "Constituciones materiales y garantizadas" (SANCHÍS, 2007, p. 213).

[71] Para Bobbio (1995, p. 233-238), o positivismo jurídico apresenta-se sob três aspectos, quais sejam, um método para o estudo do direito, uma teoria do direito e uma ideologia do direito. A ideologia do direito positivista pode se expressar tanto de forma extremista como moderada, mas em ambas as hipóteses é expressa em uma doutrina liberal. Como teoria, o positivismo jurídico abarca as seguintes concepções: a teoria cognitiva, legislativa e imperativa do direito (formam a teoria juspositivista em sentido amplo), a teoria da coerência e completude do ordenamento jurídico e a teoria da interpretação mecanicista do direito (juntamente com as teorias anteriores formam uma teoria juspositivista em sentido estrito). No tocante ao última aspecto, o método positivista corresponde ao método científico para se fazer ciência jurídica, qual seja, análise avaliativa da realidade. Ao concluir o seu estudo, Bobbio afirma: "dos três aspectos nos quais se pode distinguir o positivismo jurídico, me disponho a acolher totalmente o método; no que diz respeito à teoria, aceitarei o positivismo em sentido amplo e repelirei o positivismo em sentido estrito; no que concerne à ideologia, embora seja contrário à versão forte do positivismo ético, sou favorável, em tempos normais, à versão fraca, ou positivismo moderado" (1995, p. 238).

Na busca de um direito constitucional transformador por meio da eficácia dos direitos fundamentais, o neoconstitucionalismo desponta, na virada para o século XXI, como alternativa teórica para o alcance de tais objetivos. Trata-se, assim, de uma forma de trabalhar o direito contemporâneo.

Inicialmente, essa proposta revisita a *teoria da interpretação,* para consolidar a *sobreinterpretação* como a forma de interpretar do neoconstitucionalismo, visto que as decisões estatais estão pré-reguladas por uma norma constitucional (MOREIRA, 2008a, p. 82). Trata-se da operacionalização do direito constitucional (princípios irradiantes e abertos) sobre os demais ramos (alcance dos seus limites e parâmetros). Além da interpretação, propõe-se uma nova *teoria da norma*, apta a lidar com conteúdos principiológicos que exigem a ponderação como critério argumentativo-procedimental de resolução de conflitos. Por fim, uma nova *teoria das fontes,* que afasta a configuração dos princípios como fonte supletiva, e que agora assume uma orientação criadora, completa a tríade sobre a qual se erige o que Eduardo Moreira (2008a, p. 16) denominou de *neoconstitucionalismo teórico*.

Esse modelo limita-se a rever a teoria do direito com o objetivo de superar a fundamentação positivista incompatível com as mudanças constitucionais ocorridas durante o fim do século XX. Das análises já apresentadas nesse trabalho, Sanchís e Comanducci podem ser classificados como neoconstitucionalistas teóricos. Eduardo Moreira, entretanto, ultrapassa os limites da teoria do direito, para propor uma versão mais ampla, designada *neoconstitucionalismo total:*

> Boa definição para o neoconstitucionalismo total é caracterizá-lo como paradigma jurídico, que tem como epicentro a Constituição e, a partir da mesma, concebe um neoconstitucionalismo como teoria do direito (neoconstitucionalismo teórico) e como filosofia do direito (neoconstitucionalismo filosófico), e que conta – ainda em fase de elaboração – com uma proposta de filosofia política (neoconstitucionalismo político) orientando o Estado Democrático de Direito. (MOREIRA, 2008a, p. 21-22)

Dessa forma, a teoria contemporânea do direito constitucional (neoconstitucionalismo teórico) se soma à filosofia do direito e à filosofia política para, conjuntamente, regerem o ordenamento e formarem um completo novo paradigma, apto a repensar os alicerces do jurídico e ultrapassar as fronteiras até então não trabalhadas em profundidade pelas demais teorias do direito. No âmbito da *filosofia do direito* do neoconstitucionalismo há maior atenção com a conexão do cientista do direito com os

acontecimentos do mundo que o circunda; com as derivações concretas da lei; com a conexão do direito através de parâmetros de racionalidade e intersubjetividade; com a relação necessária entre a moral e a política [guiadas por uma pretensão de correção]; com a preocupação de um direito avaliado por critérios de coerência e proporcionalidade; com o direito exposto por uma firme teoria da argumentação (MOREIRA, 2008b, p. 69). Já o neoconstitucionalismo como *filosofia política*,

> Redefine o papel dos elementos do estado num mundo cosmopolita; também tem orientação para ver o impacto das decisões constitucionais na população de uma maneira especial, a participação popular, que surge, por vezes, de uma (ainda crescente) cultura constitucional, já trabalhada no sentido de um patriotismo constitucional. Elementos do Estado, da crise de representatividade, de blocos continentais e de multiculturalismo, tudo isso é debatido dentro e a partir do viés constitucional da dimensão da filosofia política do neoconstitucionalismo. (MOREIRA, 2008b, p. 70)

À primeira vista, tal projeto demonstra-se ambicioso, no entanto, trata-se de uma preocupação real e concreta com o patamar que o direito constitucional alcançou na atual quadra da história e do qual não pode regredir, sob pena de se manter uma sociedade altamente excludente e autoritária.

Percorrido esse panorama geral, pode-se concluir que o neoconstitucionalismo - que ganhou destaque especial a partir do início do século XXI - é um fenômeno fruto das mudanças ocorridas na forma de pensar e aplicar o direito constitucional. Não se trata, como se pode acreditar, de um novo rótulo para um velho produto. Pensar dessa maneira seria menosprezar a capacidade transformadora do direito constitucional. Também não se trata de uma proposta teórica sem correspondência prática, ou seja, um *deserto teórico*, em que a clareza da paisagem contrasta com a ausência de fertilidade. O plano pragmático é pauta importante para o neoconstitucionalismo, pois é a via de acesso à concretização efetiva dos seus postulados, nesse sentido, se o constitucionalismo tradicional estava voltado à limitação do poder por meio da repartição de competências e declaração de direitos individuais em face do Estado, o neoconstitucionalismo presta-se, primordialmente, à efetivação jurídica dos direitos fundamentais, potencializando o seu caráter transformador da realidade. Essa é, portanto, a pré-compreensão[72] de direito constitucional de que se parte para estender os efeitos dos

[72] A ausência dessa pré-compreensão é um dos fatores responsáveis pela inefetividade dos preceitos constitucionais. Nesse sentido, Lênio Steck (2006, p. 47) adverte: "A Constiuição transforma-se, assim, em um território inóspito (espécie de latifúndio improdutivo), pela falta de uma pré-compreensão adequada acerca de seu papel no interior do novo paradigma do Estado Democrático de Direito".

direitos fundamentais aos ramos do direito privado, ou seja, um direito constitucional com uma capacidade normativa antes menosprezada, abrindo a possibilidade de se conectar diretamente a Constituição com a realidade social.

Dentro dessas mudanças no direito constitucional e de modo a consolidar a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, merece destaque, ainda, a dimensão objetiva assumida por esses direitos. Em que pese não ser uma descoberta do século XXI, foi um dos primeiros passos importantes para se chegar à discussão neoconstitucional, como atualmente se trava.

2.1.1 Dupla dimensão dos direitos fundamentais

Como já apontado, importantes mudanças no direito constitucional aconteceram principalmente no direito germânico, logo após o fim da II Guerra. A razão disso está, fundamentalmente, na gravidade das violações aos direitos humanos perpetradas sob a ordem nazista. Diante desses horrores, a dogmática constitucional germânica deu grande salto na formulação dos postulados que vieram servir ao neoconstitucionalismo. Dentre eles, o modelo que se reputa imprescindível para a análise da horizontalidade dos direitos fundamentais encontra-se no desenvolvimento da dupla dimensão dos direitos fundamentais, qual seja: subjetiva e objetiva.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, aliada ao constitucionalismo liberal, identifica-os a partir das pretensões que o indivíduo pode exigir do Estado, ou seja, à "noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)" (SARLET, 2007, p. 168). Nesse contexto, tem importância a relação formada entre o titular de um direito ameaçado ou violado, o objeto de proteção e o destinatário que tem a obrigação do respeito. Essa posição individualista dos direitos fundamentais edificava-se ainda sobre o esquema teórico defendido por Jellinek.[73] Nos

[73] A respeito da teoria dos *status* formulada por George Jellinek, Perez Luño (2007, p. 24, grifo do autor) assim expõe: "Como es notorio, la formulación clásica de Georg Jellinek sobre las sucesivas etapas de afirmación de los derechos públicos subjetivos se desglosaba en cuatro fases o estados: *a)* el *status subiectionis*, que determina la situación puramente pasiva de los destinatarios de la normativa emanada del poder político; *b)* el *status libertatis*, que comporta el reconocimiento de una esfera de liberdad individual negativa de los ciudadanos, es decir, la garantía de la no intromisión estatal en determinadas materias; *c)* el *status civitatis*, en el que los ciudadanos pueden ejercitar pretensiones frente al Estado, lo que equivale a

dizeres de Hesse (1998, p. 232, grifo do autor) "como direitos subjetivos, fundamentadores de *status*, os direitos fundamentais são *direitos básicos jurídico-constitucionais* do particular, como homem e como cidadão".

Sob a perspectiva subjetiva, portanto, os direitos fundamentais oferecem uma esfera de proteção que pode ser oposta ao Estado, seja por meio de uma abstenção ou de uma prestação, pois "os direitos fundamentais, mesmo na condição de direito subjetivo, não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade, ainda que nestes a nota da subjetividade, no sentido de sua exigibilidade, transpareça – de regra – da forma mais acentuada" (SARLET, 2007, p. 169), afirmação essa que é corroborada por Hesse (1998, p. 235).

Por outro lado, levando-se em conta que a posição subjetiva não explica todas as consequências resultantes da consagração dos direitos fundamentais, tais direitos ganharam um reforço (mais-valia) ao se revelar a sua perspectiva objetiva, ou seja, passam a ser pensados para além do ponto de vista dos indivíduos para serem considerados também a partir da óptica comunitária, expressando os valores e fins que ela pretende prosseguir (VIEIRA DE ANDRADE, 1987, p. 145-146; 165), tal construção é considerada como um dos grandes avanços na teoria geral dos direitos fundamentais. Para Steinmetz (2004, p. 105, grifo do autor), a dupla dimensão dos direitos fundamentais é "o *ovo de Colombo* da dogmática dos direitos fundamentais do segundo pós-guerra". Essa teoria ganhou destaque por meio do Tribunal Constitucional alemão quando decidiu o caso Lüth em 15 de janeiro de 1958.

Em 1950, o presidente do clube de imprensa de Hamburgo, Erich Lüth, expressou-se publicamente (defendendo um boicote) contra um filme que seria apresentado num festival cinematográfico. Tal filme era dirigido por Veit Harlan que, na época do regime nazista, havia dirigido filmes antissemitas e de cunho propagandístico para o regime em vigor. O produtor do filme ajuizou ação no sentido de exigir indenização civil e de fazer cessar as manifestações de Lüth, o pleito foi concedido com fundamento no § 826 do Código Civil alemão,[74] pois entendeu-se que a incitação ao boicote contrariava os bons

---

poder reclamar un comportamiento positivo de los poderes públicos para la defensa de sus derechos civiles, y *d)* el *status activae civitatis*, situación activa en la que el ciudadano goza de derechos políticos, esto es, participa en la formación de la voluntad del Estado como miembro de la comunida política". A utilidade dessa teoria está mitigada em face da dimensão objetiva que os direitos fundamentais também apresentam, nesse sentido: "a célebre construção dogmática de Jellinek – embora eficiente, ainda hoje, para retratar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais – não pode mais ser considerada um modelo explicativo completo do papel que estes desempenham no sistema normativo" (PEREIRA, 2006, p. 151).

[74] § 826 do Código Civil alemão: "aquele que dolosamente causa dano a outro de maneira contrária aos bons costumes está obrigado a repará-lo".

costumes. Ao recorrer ao Tribunal Constitucional, Lüth conseguiu assegurar o seu direito fundamental à manifestação de pensamento naquela relação entre particulares. O Tribunal deixou assentado que é tarefa do juiz analisar se as disposições de direito civil (no caso em comento: "os bons costumes") estão influídas pelos direitos fundamentais, demonstrando assim a irradiação de efeitos das normas constitucionais perante a legislação privada (GARCÍA TORRES; JIMÉNEZ-BLANCO, 1986, p. 26-31).

A importância do referido julgado para a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, bem como para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares está nos argumentos utilizados pelo Tribunal para resolver o litígio. Este reconheceu, inicialmente, a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, no sentido de assegurar uma esfera de liberdade individual contra as ingerências do poder público. Em seguida, afirmou

> Que a constituição não quer ser "uma ordenação axiologicamente neutra", e por isso mesmo, regulou no capítulo dos direitos fundamentais "uma ordem objetiva de valores", fundada no respeito à dignidade humana e no livre desenvolvimento da personalidade dentro da comunidade social, que "deve valer como decisão fundamental do direito constitucional para todos os ramos do direito". (BILBAO UBILLOS, 1997, p. 306, tradução nossa)[75]

A decisão do tribunal *a quo* foi anulada em razão de não se ter comprovado que as normas de direito civil aplicadas estavam em sintonia com esses valores expressos por meio da dimensão objetiva: "O tribunal ignorou, em concreto, o efeito de irradiação do direito à liberdade de expressão na interpretação do conceito 'contrario aos bons costumes' do art. 826 do Código Civil alemão" (BILBAO UBILLOS, 1997, p. 308, tradução nossa).[76] O Tribunal Constitucional, portanto, reconheceu que o apelo ao boicote não era contrário aos bons costumes, pois o direito fundamental à livre manifestação de pensamento não poderia ter deixado de influir na interpretação daquele preceito civil.

---

[75] "Que la Constitución no quiere ser 'una ordenación axiológicamente neutral', y por eso mismo, ha regulado en el capítulo de los derechos fundamentales 'un ordem objetivo de valores', fundado en el respeto a la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad en el seno de la comunidad social, que "debe valer como decisión fundamental del Derecho Constitucional para todos las ramas del Derecho" (BILBAO UBILLOS, 1997, p. 306).

[76] "El tribunal de instancia ignoró, en concreto, el efecto de irradiación del derecho a la liberdad de expresión en la interpretación del concepto 'contrario a las buenas costumbres' del art. 826 del BGB" (BILBAO UBILLOS, 1997, p. 308).

Denota-se, por conseguinte, que a dimensão objetiva se expressa por meio de uma ordem objetiva de valores que a Constituição alberga por meio dos direitos fundamentais.[77] Esses valores, como decisão da comunidade que foi constitucionalizada, devem reger todos os âmbitos do direito e, para a presente discussão, especialmente o direito privado. Isso porque,

> Na medida em que os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares de uma ordem jurídica democrática, seus efeitos não podem se resumir à limitação jurídica do poder estatal. Os valores que tais direitos encaram devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. (SARMENTO, 2006a, p. 106)

Diante dessa outra dimensão, nota-se que os direitos fundamentais assumem, para além de uma posição individual em face do Estado, um valor objetivo que, - afora caber ao Estado sua promoção, já que se trata de uma escolha da coletividade -, se estende por todas as relações jurídicas, inclusive aquelas que se dão exclusivamente entre particulares. A Constituição, portanto, é considerada como o *estatuto axiológico da sociedade*, apta a orientar não só as ações estatais como também as sociais (HESSE, 1998, p. 37-38).

Nesse aspecto, para se chegar a uma exemplificação dessa ordem objetiva de valores, Virgílio A. da Silva (2005a, p. 78) expõe, a respeito da liberdade de informação: essa liberdade sempre foi entendida como um direito a não ser obstado pelo Estado na busca da informação, uma outra dimensão desse direito (objetiva) estaria na obrigação estatal em proporcionar a pluralidade de fontes de informação e de coibir o monopólio nos meios de comunicação. Como explicitado pelo referido autor, essa idéia não estava incluída na dimensão original de liberdade pública, mas o seu reconhecimento como um valor garantido constitucionalmente impõe a ação estatal na realização da liberdade de informação, além da mera tarefa de abstenção.

Convém ainda afirmar que a dimensão objetiva explicitada numa ordem de valores converte-se, a partir da teoria de Alexy, em uma teoria dos princípios, apta a afastar as objeções metodológicas que a concepção axiológica dos direitos fundamentais

[77] Advirta-se que essa ordem de valores diferencia-se da teoria do direito natural uma vez que se afasta dos postulados de uma moral imutável e se aproxima dos valores que têm uma dimensão cultural de uma comunidade historicamente situada.

carrega.[78] Para Alexy (2008, p. 525), "o conceito de valor da construção do tribunal pode ser substituído pelo conceito de princípio". A discussão se trava, então, na busca do caráter objetivo dos princípios. O próprio autor aponta uma interpretação plausível para o problema, qual seja, a tríplice abstração: do titular do direito fundamental, do destinatário (sujeito obrigado) e de determinadas peculiaridades de seu objeto. Nesse sentido, se pronuncia:

> Apenas uma interpretação pode ser considerada: aquela segundo a qual objetivo é aquilo que sobra quando se desconsidera ou se abstrai o lado subjetivo dos princípios de direitos fundamentais. Mas isso não é satisfatório. [...] São necessárias mais duas abstrações. À abstração em relação ao titular do direito devem ser adicionadas uma abstração em relação ao destinatário do direito (o obrigado) e uma abstração em relação a determinadas particularidades de seu objeto. (ALEXY, 2008, p. 526)

O mesmo autor exemplifica a questão por meio da liberdade de opinião, pois, ao se abstrair o titular do direito, resta o dever do Estado na omissão das intervenções à liberdade de opinião, prosseguindo no esquema de abstração restará, ao final, apenas um simples dever-ser da liberdade de opinião. Em que pese as vantagens e desvantagens dessa proposta, Alexy diz que essa tese não é certa nem errada, apenas diz pouco no que se refere aos direitos fundamentais, como princípios objetivos, expandirem efeitos sobre todo o ordenamento. A incompletude encontra-se na falta de respostas à questão acerca de como essa influência deve ocorrer e que conteúdo ela tem, tarefa essa que deve ser perseguida no seio da doutrina da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (2008, p. 526-528).

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consequentemente, reforça a proteção desses direitos, o que vem em consonância com os postulados neoconstitucionais, sem menosprezar, todavia, a necessária convivência com a dimensão subjetiva. Além disso, a dimensão objetiva não é um fim em si mesmo, pois está mais próxima a ser um instrumento aberto para conceder aos direitos fundamentais uma série de efeitos jurídicos autônomos. Corroborando essa afirmação, Sarlet (2007, p. 167) diz:

> A descoberta (ou redescoberta?) da perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais revela, acima de tudo, que estes – para além de sua condição de direitos subjetivos (e não apenas na qualidade de direitos de defesa) permitem o desenvolvimento de novos conteúdos, que, independentemente de uma eventual possibilidade de subjetivação,

[78] A respeito dessa críticas, tais como a insegurança no direito constitucional (Forsthoff), a desvalorização dos direitos humanos quando tratados como valores e não como normas (Friedrich Müller) são melhor explicitadas por Wilson Steinmetz (2004, p. 107-108).

> assumem papel de alta relevância na construção de um sistema eficaz e racional para sua (dos direitos fundamentais) efetivação.

Os desdobramentos proporcionados pela reflexão sobre a dimensão objetiva dizem respeito à eficácia irradiante dos direitos fundamentais, à teoria dos deveres de proteção[79] e ao tema em que se reconhece a maior importância para a investigação aqui expendida: a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, essa também é a conclusão de Vieira de Andrade (1987, p. 169). Nesse ponto, encontra-se o fundamento imediato para a defesa da extensão às relações privadas dos efeitos dos direitos fundamentais, ou seja, ao se pensar os direitos fundamentais como uma ordem objetiva de valores, que deve ser promovida por todo o ordenamento jurídico, não há razão para o direito privado, no qual, muitas vezes, impera a desigualdade, continue imune aos ditames humanizadores dos direitos fundamentais.

Como já relatado, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais ganhou destaque na fundamentação da resolução do caso *Lüth*, conflito esse que envolvia, justamente, a discussão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, daí a ligação estreita entre esses dois fenômenos, sendo o primeiro o pressuposto do segundo. Seguindo o mesmo raciocínio, destacam-se as palavras de Jane Pereira (2006, p. 155, grifo da autora):

> A associação entre dimensão objetiva e eficácia privada decorre do fato de as duas teorias haverem sido adotadas na jurisprudência de forma simultânea e imbricada. É que o caráter objetivo dos direitos fundamentais foi articulado precisamente quando se resolvia um problema relativo à repercussão destes em relações privadas – o caso Lüth -, o que põe em evidencia a implicação e complementaridade entre os dois temas. De fato, a admissão da eficácia dos direitos fundamentais em relações *inter privatos* pode ser entendida como a conseqüência mais importante do reconhecimento da sua dimensão objetiva.

Diante dessa consagração explícita da dupla dimensão dos direitos fundamentais não há como deixar de afirmar que estes possuem a potencialidade de algum

[79] Como direitos objetivos que são, os direitos fundamentais, para a teoria da eficácia irradiante, forneceriam força normativa suficiente para conformar a aplicação e a interpretação do direito infraconstitucional. Liga-se ainda diretamente a essa concepção a constitucionalização do direito. Por outro lado, a função de deveres de proteção garantiria a obrigação do Estado no sentido de proteger os direitos fundamentais das ameaças estatais e particulares. Estas decorrências da dimensão objetiva também servem de fundamento apto a atestar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. No entanto, a pesquisa que ora se apresenta, para alcançar a delimitação do seu objeto, opta pela análise pormenorizada apenas da eficácia horizontal como decorrência da dimensão objetiva, sem desconhecer, entretanto, a importância que os citados desdobramentos também possuem. Assim, a razão dessa escolha está na conexidade e interdependência que essas idéias carregam.

efeito nas relações travadas entre atores particulares. O modo e a intensidade desses efeitos é objeto de análise das diversas teorias explicativas do tema. Assim, em que pese a ausência de referência direta na Constituição brasileira a respeito da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, estes, em sua carga objetiva, têm o condão de, por si só, constituírem o fundamento teórico para superar qualquer tentativa de negação da teoria horizontal.[80]

Além disso, como já discutido no primeiro capítulo, a realidade brasileira excludente exige a emergência de novos direitos aptos a reduzir a desigualdade social, tal como o direito fundamental à inclusão social. Nesse sentido, é imperioso que no atual constitucionalismo as normas constitucionais estejam mais próximas da realidade para que sobre ela irradiem seus efeitos transformadores.

Nota-se que a linha de raciocínio até aqui expendida vai ao encontro do postulado neoconstitucional, no sentido de reforçar os efeitos dos direitos fundamentais a fim de que eles possam, para além da proteção ante o Estado, transformar a ordem privada, pois, "a liberdade de agir, fundada na autonomia privada, não pode justificar uma resposta constitucional, quando o Estado é violador dos direitos fundamentais, diversa de quando o particular é quem realiza ato nocivo a direito fundamental" (MOREIRA, 2008a, p. 117-118). Não é legítimo, portanto, a coexistência de duas éticas diferentes para proteger o mesmo valor constitucional: a dignidade humana, esta é una, e da mesma maneira deve ocorrer a sua proteção (BILBAO UBILLOS, 1997, p. 266). [81]

O que se questiona, a partir de então, é a maneira pela qual os direitos fundamentais alcançarão as relações entre os particulares. Como as respostas para este

[80] Em razão do neoconstitucionalismo aqui defendido, a presente pesquisa parte de uma compreensão em que os direitos fundamentais são valorizados e possuem uma alta carga transformadora da realidade social, posição essa que é incompatível com a limitação dos efeitos desses direitos apenas como uma abstenção estatal. Em razão disso, não se deu maior atenção às teorias que negam quaisquer efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Todavia, não se desconhece as críticas lançadas contra a horizontalidade dos direitos fundamentais, dentre as principais, Steinmetz (2004, p. 33) traz as de Ernst Forsthoff. Em síntese, o jurista alemão critica a eliminação do conteúdo liberal dos direitos fundamentais com sua aplicação nas relações privadas, pois se converteriam em deveres de medida incerta. Bilbao Ubillos (1997, p. 283) afirma que o denominador comum das teorias que rechaçam a eficácia horizontal está na ênfase aos riscos que a doutrina envolve para a liberdade contratual e a segurança jurídica. Tais críticas, portanto, partem daqueles que, enraizados numa concepção liberal de direitos, não percebem a perda da centralidade do Código Civil para a Constituição, resultando assim a relativização de alguns postulados civilísticos à normativa dos direitos fundamentais. "Late en el fondo de estas posturas la convicción de que la 'Drittwirkung' puede ser una espécie de 'caballo de Troya' que destruya el sistema construído sobre la base de la autonomía privada" (BILBAO UBILLOS, 1997, p. 283).

[81] "Se a dignidade da pessoa humana é una, se a sua liberdade é, por isso mesmo, indivisível e se pode ser gravemente ameaçada por outros particulares, por e para quê restringir a potencial eficácia dos direitos fundamentais às relações do indivíduo com o Estado?" (NOVAIS, 2006, p. 77).

questionamento são diversas, passa-se à análise dos principais embates teóricos a esse respeito.

2.2 Teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares

Analisa-se, nesse tópico, as principais teorias que foram elaboradas com o intuito de explicar a forma pela qual os efeitos dos direitos fundamentais chegariam às relações privadas. Como a problemática da horizontalidade tem sua gênese em solo germânico, pós advento da Lei Fundamental de Bonn (1949), é compreensível que as teorias explicativas tenham o mesmo berço. Ressalte-se que, apesar da forma destacada com que cada uma delas será tratada, isso não corresponde a uma causalidade sucessiva entre as teorias, uma vez que muitas delas partem do mesmo ponto, mas chegam a conclusões opostas.

2.2.1 Teoria da eficácia indireta

A teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi formulada por Günther Dürig na doutrina alemã, em obra publicada em 1956. Essa concepção foi acolhida no paradigmático caso Lüth, já citado. Tornou-se, ainda, posição dominante entre os juristas e a Corte Constitucional daquele país.[82] Para os adeptos dessa teoria, os direitos fundamentais representam uma ordem objetiva de valores que deve irradiar os seus efeitos sobre as relações entre particulares.

[82] Jane Reis Gonçalves Pereira (2006, p. 169) aponta a justificativa pela qual a teoria da eficácia indireta é dominante na jurisprudência alemã. Em terras germânicas o problema da eficácia horizontal liga-se diretamente à questão processual do fenômeno, pois o sistema concentrado de controle de constitucionalidade juntamente com o recurso constitucional geram os seguintes problemas: "uma vez admitida a incidência direta dos direitos fundamentais no direito privado, é necessário reconhecer a competência do órgão encarregado de exercer a jurisdição constitucional para examinar tais conflitos. Isto significa dizer que o recurso constitucional passaria a ser usado com maior freqüência, pois derrubadas as barreiras entre direito privado e direito público, seria possível recorrer à Corte Constitucional em uma infinidade de disputas jurídicas privadas. Questiona-se se isso não poderia acarretar, em última análise, a transformação dos tribunais constitucionais em instâncias supremas de resolução de conflitos jurídico civis, o que implicaria uma sobrecarga de trabalho para estes e esvaziaria o papel que lhes fora originariamente conferido".

Todavia, essa relação não se pode dar de maneira direta, pois se exige uma medida intermediária para que esses direitos atinjam esse tipo de relação. Tal medida concretizadora deve partir inicialmente do legislador na produção do direito infraconstitucional privado em conformidade com os direitos fundamentais e, num segundo momento, caberia aos julgadores a tarefa de infiltrar os direitos fundamentais nas relações privadas por meio da interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos abertos, como boa-fé, moral, bons costumes, etc.[83] Segundo Bilbao Ubillos (1997, p. 305, tradução nossa), "as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados seriam as zonas ou 'ponto de irrupção', as brechas de entrada dos valores que servem os direitos fundamentais no Direito civil".[84] Sendo assim, o próprio direito privado forneceria o material normativo suficiente para delimitar o âmbito de incidência dos direitos fundamentais nesse tipo de relação.

No contexto da teoria da eficácia indireta, o Tribunal Constitucional alemão, ao decidir o caso Lüth, levou em conta que a interpretação do preceito privado "contrário aos bons costumes" só poderia legitimar-se a partir do momento que estivesse em consonância com os direitos fundamentais, no referido caso, o direito fundamental à liberdade de expressão. A doutrina jurídica traz outro exemplo de eficácia indireta: trata-se da nulidade de uma cláusula contratual pela qual alguém se obriga a deixar de exercer seu direito fundamental à liberdade religiosa, nesse caso ocorreria a contrariedade ao preceito de direito privado *ordem pública* que teria sido preenchido com o conteúdo do direito fundamental violado (STEINMETZ, 2004, p. 148).

---

[83] Exemplos de apenas alguns dos muitos casos de cláusulas gerais no direito brasileiro: Art. 425 da Consolidação das Leis do Trabalho – Os empregadores de menores de 18 (dezoito) anos são obrigados a velar pela observância, nos seus estabelecimentos, ou empresas, dos *bons costumes e da decência pública*, bem como das regras de higiene e segurança do trabalho. Art. 122 Código Civil – São lícitas, em geral, todas as condições não contrárias à lei, à *ordem pública ou aos bons costumes*; entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbítrio de uma das partes. Art. 51 do Código de Defesa do Consumidor: São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a *boa-fé ou a eqüidade*. Interessante observar que Luís Roberto Barroso (2010, p. 310) faz uma distinção conceitual entre cláusula geral, conceito jurídico indeterminado e princípio. Aponta os dois últimos elementos como espécies do primeiro e complementa: "conceito jurídico indeterminado identifica um signo semântico ou técnico, cujo sentido concreto será fixado no exame do problema específico levado ao intérprete ou aplicador do Direito. Princípio, por sua vez, traz em si uma ideia de valor, um conteúdo axiológico. Por essa razão, calamidade pública é um conceito jurídico indeterminado; solidariedade é um princípio".

[84] "Las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados serían las zonas o 'punto de irrupción', las brechas de entrada de los valores a los que sirven los derechos fundamentales en el Derecho civil" (BILBAO UBILLOS, 1997, p. 305).

Discorrendo sobre a teoria da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais às relações privadas, Vieira de Andrade (2006, p. 285) nota que os seus adeptos

> procuram defender uma margem de liberdade de acção para os particulares, tentando evitar que, através de um intervencionismo asfixiante ou de um igualitarismo extremo, se afecte o sentimento de liberdade, a iniciativa e a capacidade de realização dos indivíduos concretos. Privilegiam, por isso, as normas constitucionais que indiciam a autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade, a liberdade negocial.

A liberdade negocial (autonomia privada) e a predominância do legislador são pontos em que a doutrina da eficácia indireta se funda de maneira sólida para que os direitos fundamentais não se sobreponham aos ditames do direito privado. Ocorre que essas posições contrapõem-se ao fundamento teórico da presente investigação, pois o neoconstitucionalismo se preocupa com a efetividade das normas de direitos fundamentais. Deixar que esses direitos só tenham eficácia por meio do material do próprio direito privado é negar a supremacia normativa da Constituição. Além disso, sob o postulado neoconstitucional, a atuação do Judiciário ganha relevância a partir do momento que se tem consciência de que a tarefa legislativa tem sido cada vez mais omissa na concretização de direitos fundamentais. A partir desses argumentos já se pode vislumbrar as críticas lançadas à teoria da eficácia indireta.

Dentre as principais, figura a alegação de que a doutrina da mediatividade não proporciona uma tutela integral dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois ficariam na dependência dos humores legislativos em concretizá-los. Afirma-se, ainda, a superficialidade da teoria indireta, já que a aplicação por meio do juiz muito se assemelha à noção consagrada de interpretação conforme a Constituição.[85] Nesse mesmo sentido, Wilson Steinmetz (2004, p. 156) aponta:

> Condicionar, de forma exclusiva, a eficácia de normas de direitos fundamentais entre particulares à mediação legislativa e à mediação judicial interpretativa e aplicativa dos textos de normas de direito privado – de modo especial, as cláusulas gerais – é propor a "legalização" dos

[85] Esta é a conclusão a que chega Bilbao Ubillos (1997, p. 313) quando assim se manifesta: "Pero entonces, ¿qué diferencia hay, en la práctica, entre la teoría de la eficacia mediata a través del juez y el principio general de interpretación de todas las normas del ordenamiento conforme a la Constitución? No veo ninguna, francamente. A la misma solución se puede llegar (con cláusulas generales o sin ellas) aplicando en el momento de interpretar las normas de Derecho privado el principio general".

> direitos fundamentais, é substituir o princípio da constitucionalidade pelo princípio da legalidade. Mais perigosa que a "jusfundamentalização" do direito civil é a "civilização" ("infraconstitucionalização") dos direitos fundamentais.

Ainda dentro dos prejuízos que a teoria mediata pode causar aos direitos fundamentais, Bilbao Ubillos (1997, p. 297) argumenta que fazer um direito fundamental depender do legislador é negar a natureza desse direito, pois a característica principal dos direitos fundamentais está na indisponibilidade do seu conteúdo por parte do legislador. Na realidade, portanto, a necessária intermediação legislativa tem o objetivo de afastar a incidência dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois o que se está aplicando é norma de direito privado e não a norma constitucional. No mesmo sentido, Alexy (2008, p. 529) diz: "apesar da influência dos direitos fundamentais, as normas de direito privado devem permanecer como normas de direito privado, e os direitos e deveres por elas estabelecidos permanecem direitos e deveres no âmbito do direito privado".

Assim, na tentativa de evitar uma possível colonização do direito privado por parte das normas constitucionais em detrimento da autonomia privada, a teoria da eficácia indireta apresenta um substrato tímido em relação ao caráter objetivo dos direitos fundamentais (ordem valorativa aplicável a todo ordenamento jurídico). [86] Funda-se, desse modo, no poder atribuído ao legislador e ao juiz para infiltrarem os direitos fundamentais nas relações particulares por meio de aberturas deixadas pelo primeiro quando da elaboração das leis, entretanto, "é difícil imaginar que tais cláusulas sejam sempre suficientes para servir de 'portas de entrada' para os direitos fundamentais nas relações interprivados" (SILVA, 2005a, p. 85). A potencialidade transformadora do neoconstitucionalismo resta amesquinhada quando da defesa da aplicação indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

[86] Bilbao Ubillos (2006, p. 318) vai além na crítica à teoria da eficácia indireta, afirmando que se trata de uma concepção forçada, fruto do medo de uma revisão em institutos formulados em um contexto não condizente com a quadra atual da história. De modo que a realidade é distorcida para que as peças da construção da eficácia indireta nela se encaixem.

2.2.2 Teoria da eficácia direta

Dentro do mesmo contexto de surgimento da teoria da eficácia indireta, contrapõe-se a teoria da eficácia direta ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Essa ideia surgiu com as formulações de Hans Carl Nipperdey, juiz do Tribunal Federal do Trabalho alemão. Para a teoria da eficácia direta, os direitos fundamentais, como ordem objetiva de valores, devem expandir os seus efeitos sobre todo o ordenamento jurídico, inclusive o direito privado. Desse modo, as relações entre particulares não estariam imunes aos ditames constitucionais. Ocorre que, diversamente da teoria da eficácia indireta, essa incidência junto às relações privadas não se daria por meio de uma medida intermediária do legislador ou do juiz, pois os direitos fundamentais se consubstanciariam como normas diretamente aplicáveis, fundamentadoras de soluções para os conflitos que envolvessem direitos fundamentais entre agentes privados. Nipperdey entende ainda que os pontos de infiltração (cláusulas gerais) são dispensáveis para as normas constitucionais, pois o ordenamento jurídico é uma unidade, todo direito somente é válido com base na Constituição. Assim, os indivíduos podem recorrer aos direitos fundamentais para fazê-los valer contra atos de outros indivíduos (SILVA, 2005a, p. 90).

A primeira sentença do referido Tribunal que apresenta a eficácia direta data de 3 de dezembro de 1954 e nela se reconhece que os direitos fundamentais, como princípios ordenadores da vida social, têm uma aplicação imediata no âmbito privado. Razão pela qual nenhum ato ou negócio jurídico particular pode estar em contradição com as estruturas de um determinado ordenamento (BILBAO UBILLOS, 1997, p. 272). Em que pese a posição de Nipperdey e do Tribunal Federal do Trabalho, a maioria da doutrina e jurisprudência alemã defendem a posição indireta do fenômeno. Todavia, a teoria da eficácia direta ganhou reforço na doutrina germânica com o aporte doutrinário de Walter Leisner, o qual “advogou a idéia de que, pela unidade da ordem jurídica, não seria admissível conceber o Direito Privado como um gueto, à margem da Constituição e dos direitos fundamentais” (SARMENTO, 2006a, p. 205).

O objetivo dessa teoria é ampliar a proteção que os direitos fundamentais conferem, a fim de que possam também ser tutelados perante os ajustes privados, sem depender da regulamentação legislativa infraconstitucional. Dessa forma, percebe-se que essa construção está mais próxima do neoconstitucionalismo, pois parte de uma

compreensão expansiva dos direitos fundamentais, capazes de transformar as relações sociais, maximizando a proteção da dignidade humana para além das ofensas estatais.

No entanto, a proposta da eficácia direta recebe duras críticas por parte dos defensores da eficácia indireta. Entre as principais, destaca-se o argumento de que a eficácia direta acabaria por aniquilar a autonomia privada, valor tão preservado para a ordem privada. Além disso, haveria comprometimento da segurança jurídica, em razão do caráter aberto das normas de direitos fundamentais; diminuição da importância e autonomia do direito privado;[87] protagonismo do Poder Judiciário na regulação social; etc.[88] Denota-se que as críticas lançadas contra a eficácia direta não são argumentos que revelam a inconsistência ou equívocos da teoria, mas teses que refutam os potenciais efeitos causados pelo modelo direto. Essas idéias "refletem mais uma opção deliberada por um determinado modelo de hermenêutica constitucional do que uma explicação racional sobre a função e os destinatários das normas de direitos fundamentais" (PEREIRA, 2006, p. 181). O modelo do qual a teoria da eficácia direta parte não é o mesmo que o dos seus críticos, pois em tempos de neoconstitucionalismo não se pode afirmar a primazia de um determinado direito *in abstracto*, a autonomia privada é tutelada na medida em que convive com outros direitos fundamentais no caso concreto. Não se trata, portanto, nem de excluir os seus efeitos nem de valorizá-la em absoluto, em detrimento dos direitos fundamentais.

> A crítica de que a eficácia direta compromete o valor constitucional da autonomia escamoteia o verdadeiro ponto de divergência: a questão não se encontra em saber se a autonomia privada deve ou não ser protegida, mas sim se esta deve *prevalecer* em face dos demais direitos fundamentais quando tratar-se de relações jurídicas entre particulares. Ao admitir-se a eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações *inter privatos*, a autonomia não é amesquinhada, e sim colocada no mesmo plano dos demais bens jurídicos fundamentais. (PEREIRA, 2006, p. 181-182, grifos da autora)

---

[87] Canaris (2003, p. 53-54) assim se manifesta na defesa da autonomia do direito privado: "Se, porém, generalizarmos este entendimento [eficácia direta], ele conduz a consequências dogmáticas insustentáveis, pois então amplas partes do direito privado, e, em especial, do direito dos contratos e da responsabilidade civil, seriam guindadas ao patamar do direito constitucional e privadas de sua autonomia. [...] Foi, pois, com razão que a teoria da eficácia imediata acabou por se não impor – o que, hoje em dia, dispensa maiores considerações" (2003, p. 53-54).

[88] No âmbito das críticas à teoria direta, importa destacar os apontamentos trazidos por Jorge Reis Novais. Esse autor defende a tese dos deveres de proteção em que o Estado está obrigado a proteger os direitos fundamentais das ameaças provindas dos particulares. Em razão disso, critica a eficácia direta por ser uma construção que nada acrescenta à eficácia dos direitos fundamentais, pois estes já estariam protegidos por meio da ação legislativa e da interpretação das cláusulas gerais. Conclui dizendo: "após a proclamação da eficácia directa nada acontece: não se retiram quaisquer conseqüências que não pudessem ser obtidas das doutrinas da eficácia mediata ou dos deveres de proteção" (2006, p. 110).

Ainda dentro dos contornos neoconstitucionais, falar em segurança jurídica, autonomia do direito privado e caráter antidemocrático da atuação judicial é fechar os olhos para as mudanças que ocorrem no direito constitucional e prestigiar valores que hoje não mais representam a realidade histórica com tanto vigor, pois enraizados na concepção liberal-burguesa de prestígio à manutenção do *status quo* por meio da liberdade formal nos ajustes privados. A pré-compreensão do fenômeno constitucional da qual essa pesquisa parte está intimamente ligada à eficácia direta dos direitos fundamentais. Em razão disso, é que se pode afirmar que, no âmbito do neoconstitucionalismo, não há espaço para a defesa da eficácia indireta, pois isso seria uma negativa dos seus próprios fundamentos.

No âmbito jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se favoravelmente à doutrina da eficácia direta nas relações entre particulares quando do julgamento do Recurso Extraordinário n° 201.819/RJ (DJ 27/10/2006). Na ocasião, após analisar as diversas teorias que explicam o fenômeno da horizontalidade, o STF aplicou diretamente o direito fundamental à ampla defesa e ao contraditório a um sócio excluído de uma sociedade sem fins lucrativos.[89]

Denota-se, portanto, a tendência à recepção da teoria da eficácia direta na ordem constitucional brasileira. Os problemas, no entanto, não se encerram por aí já que é imprescindível encontrar soluções para o conflito dos direitos fundamentais quando envolvem atores privados, ambos titulares desses direitos. A busca por essas respostas será objeto de análise pormenorizada no capítulo posterior.

2.2.3 Outras construções teóricas

As teorias explicativas do fenômeno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas centram-se entre a teoria da eficácia indireta e a da eficácia direta. Todavia, outras construções merecem atenção com o objetivo de ampliar a visão do problema e, assim, postular soluções adequadas diante de cada realidade. Nesse

[89] Antes mesmo dessa decisão, o Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado a respeito da temática (RE 158.215-4 [DJ 30/04/96], RE 161.243-6 [DJ 29/10/96]), todavia, em que pese ter reconhecido direitos fundamentais no âmbito privado, não realizou qualquer referência à construção teórica que envolve o problema.

ponto, portanto, analisar-se-ão a teoria da *state action*, a teoria dos deveres de proteção e a teoria dos imperativos de tutela.

a) *State action*

A doutrina da *state action* tem origem no direito constitucional norte-americano. Esse ordenamento constitucional é essencialmente ligado ao paradigma liberal de abstenção estatal. Em razão disso, os direitos fundamentais voltam-se apenas contra as violações que provêm do Estado. No entanto, com o objetivo de relativizar essa postura e ampliar o raio de atuação dos direitos fundamentais, a jurisprudência dos EUA criou a teoria da *state action* a fim de determinar quando uma violação ao direito fundamental levada a cabo por um particular pode ser objeto de proteção judicial.

Por meio da *state action* procura-se equiparar a ação de um particular a uma ação estatal para que, a partir daí, os direitos fundamentais violados possam ser tutelados sem que se quebre a ideia de vinculação exclusiva dos poderes públicos. Essa equiparação ocorre "quando o ato lesivo é praticado com algum tipo de participação ou influência do Estado, bem como quando os poderes privados, em seu conteúdo, mostram-se semelhantes às ações praticadas pelo Estado" (PEREIRA, 2006, p. 171). Nesse sentido, veja-se o seguinte exemplo:

> O caso mais emblemático de aplicação desta teoria foi o *Marsh v. Alabama*, julgado em 1946. Discutia-se se uma empresa privada, que possuía terras no interior das quais se localizavam ruas, residências, estabelecimentos comerciais etc., podia ou não proibir Testemunhas de Jeová de pregarem no interior da sua propriedade. A Suprema Corte declarou inválida tal proibição, pois ao manter uma "cidade privada" (*private owned town*), a empresa se equiparava ao Estado e se sujeitava à 1ª Emenda da Constituição norte-americana, que assegura a liberdade de culto. (SARMENTO, 2006a, p. 191)

Em que pese a tentativa norte-americana de estender os efeitos dos direitos fundamentais por meio da equiparação, esse objetivo não é alcançado de forma satisfatória, pois mantém as relações entre particulares isentas da influência dos direitos fundamentais. Como diversas vezes apontado nesse trabalho, as ameaças e as violações aos direitos fundamentais partem, na maioria das vezes, de agentes privados que não têm qualquer relação com os poderes públicos. Além disso, a teoria da *state action* não se mostra adequada para aquelas realidades que ultrapassaram o constitucionalismo liberal e

promoveram compromissos sociais em seus textos constitucionais, como a Constituição brasileira de 1988.

b) Teoria dos deveres de proteção

Outra proposta para solucionar o problema da projeção dos direitos fundamentais às relações privadas consubstancia-se na teoria dos deveres de proteção, que teve origem alemã, com o objetivo de revisar as primeiras concepções a respeito do tema. A vertente ora analisada é a de Claus-Wilhelm Canaris, denominada teoria dos imperativos de tutela.

O referido autor rejeita a teoria da eficácia direta fundamentando-se no prejuízo que poderia ser causado para a autonomia do direito privado, além disso, entende que os direitos fundamentais são aplicáveis apenas na relação indivíduo-Estado (2003, p. 53-55). A teoria dos imperativos de tutela constitui-se, então, na obrigação estatal de proteção dos bens jurídico-fundamentais perante as violações por parte dos sujeitos privados (2003, p. 107). Dessa maneira, o Estado, além da tradicional abstenção em violar direitos fundamentais, deve, também, protegê-lo em face das arbitrariedades no âmbito dos particulares. Nas palavras de Gilmar Mendes (2004, p. 120), o Estado evolui da posição de adversário para a função de guardião dos direitos fundamentais.

A tradicional função de defesa está ligada à proibição de intervenção do Estado nos bens constitucionalmente protegidos, combinada com a proibição de excesso. Canaris sugere que, no âmbito das relações entre particulares, a vinculação do Estado está relacionada à proibição de insuficiência na proteção dos direitos fundamentais diante de ameaças privadas. Ao analisar o tema, Steinmetz (2005, p. 294) afirma: “é dever do Poder Legislativo e do Poder Judiciário proteger os direitos fundamentais, nas relações entre particulares, ao menos no nível mínimo exigido pela Constituição”. Ainda no mesmo sentido:

> O dever de proteção aparece, como vimos, associado a um imperativo de protecção suficiente, formulado negativamente como *princípio de proibição do défice (Untermassverbot),* que, ao contrário do princípio simétrico, é entendido pela maioria da doutrina como um *princípio orientador* – não tem de ser visto como uma protecção mínima, mas também não impõe uma protecção máxima, seja na medida em que tem de respeitar o *princípio da proporcionalidade* quando atinja outros direitos e liberdades ou valores comunitários relevantes, com relevo especial para a autonomia privada, seja na medida em que há-de respeitar

> a *liberdade constitutiva do legislador*, que pode e deve graduar a protecção conforme os valores ou bens jurídicos em causa, a intensidade da ameaça e a possibilidade de autodefesa do particular. (VIEIRA DE ANDRADE, 2006, p. 282, grifo do autor)

Para Canaris (2003, p. 133-134), a teoria dos imperativos de tutela como proteção, ao menos em nível mínimo, apresenta vantagens no sentido de que preserva a tese de que o único destinatário dos direitos fundamentais é o Estado. Além disso, a teoria oferece uma explicação dogmática para a questão de saber se, e porque, o comportamento dos particulares está submetido à eficácia dos direitos fundamentais e, por fim, pela proibição de insuficiência garantir proteção apenas contra a omissão do Estado, preservando-se, assim, a não interferência no direito privado.

A teoria dos deveres de proteção se afasta da amplitude da teoria da eficácia direta e da possibilidade de concretização, pelo juiz, dos direitos fundamentais, quando da lacuna do legislador (eficácia indireta), observa-se, ainda, que tal construção encontra-se no âmbito da vinculação do Estado e não dos particulares aos direitos fundamentais. Outro ponto importante dessa ideia se encontra no meio processual em que esta se concretiza, qual seja, a ação de inconstitucionalidade por omissão. Sobre essa relação, Eduardo Moreira (2007, p. 87) expõe:

> Nos países em que vigora o sistema difuso de controle de constitucionalidade das leis, até nos casos particulares de omissão constitucional, existe remédio adequado e difuso, como o mandado de injunção, fazendo que tal teoria perca aqui o seu sentido, pois nos países que conceberam a teoria não há forma de controle por omissão difuso ao lado de controle concentrado de omissão. [...] Somente se justifica que o expediente processual seja um controle por omissão, se se parte da premissa que o legislador falhou em não conformar e adaptar o direito privado aos direitos fundamentais. É esta falha que de forma oculta, reconhece o legislador em posição de destaque, com a função primária de regular a vida civil.

Tendo em vista que a teoria dos deveres de proteção parte da concepção de que cabe primordialmente ao Legislativo a conciliação entre a autonomia privada e os direitos fundamentais, só seria possível a intervenção do Judiciário na omissão do legislador em sua tarefa de proteger os direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse sentido, Daniel Sarmento (2006b, p. 238) cita uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional alemão em 1990 que afastou uma disposição do Código Comercial nacional, tal norma afirmava que as partes no contrato de representação comercial

poderiam estipular a proibição do ex-representante de exercer negócio no mesmo ramo, por até dois anos, sem qualquer indenização caso seu afastamento decorresse de motivo relevante. A Corte Constitucional alemã reconheceu ao final que o legislador privado foi omisso no seu dever de proteger a liberdade de profissão, prevista no art. 12, parágrafo 1º da Lei Fundamental, dando ganho de causa ao antigo representante comercial para exercer livremente sua profissão. A partir desses argumentos, pode-se vislumbrar que a eficácia da teoria dos deveres de proteção resta ameaçada em solo brasileiro, em razão das diferenças entre o controle de constitucionalidade daqui e o daquele onde a referida teoria teve sua gênese, pois limitar a atuação judicial apenas nas situações de omissões legislativas não protege de maneira ampla os direitos fundamentais.

Além disso, manter o Estado como único destinatário dos direitos fundamentais não se adequa com a realidade contemporânea cuja pulverização do poder só faz aumentar as violações aos direitos mais elementares. E, ainda mais, fincar raízes na teoria da eficácia direta não impede o reconhecimento de que os poderes públicos têm a obrigação de proteger os direitos fundamentais.

c) Teoria da convergência estatista

Como alternativa às teorias da eficácia, direta e indireta, e indo além da teoria dos deveres de proteção, a tese da convergência estatista é defendida com Jürgen Schwabe e se assenta na idéia de que "se o Estado não proíbe intervenções privadas nos bens protegidos pelos direitos fundamentais, como a vida ou a saúde, então, ele as *permite*" (ALEXY, 2008, p. 457, grifo do autor). Ou seja, as lesões a direitos fundamentais nas relações entre particulares devem ser imputadas ao Estado, pois estas são o resultado de uma permissão ou não proibição por parte dos órgãos públicos. Segundo Silva (2005a, p. 104),

> Schwabe reconstrói o problema das violações a direitos fundamentais nas relações entre particulares da seguinte forma: se um particular, no exercício de um direito fundamental, viola o direito fundamental de outro particular e a ação do primeiro não era disciplinada em legislação infraconstitucional, sua ação violadora deve ser encarada como permitida pelo Estado. Em conseqüência, como aquele que teve seu direito violado não dispõe de instrumentos para se defender – já que o Estado não agiu, infraconstitucionalmente, no sentido de protegê-lo – a responsabilidade pela violação deve ser imputada ao Estado e não ao particular violador.

Sob essa perspectiva, deduz-se que o problema da proteção dos direitos fundamentais diante de violações particulares se converteria em um problema frente a ingerências estatais. Em razão disso, a eficácia horizontal seria apenas um "problema aparente", pois o responsável último pela violação não seria um particular, mas o próprio Estado que permitira o abuso ao não proibi-lo por meio da legislação ou ao não impedi-lo quando da atuação administrativa e jurisdicional.

A fragilidade da premissa sobre a qual Schwabe reflete é de fácil constatação, pois pressupõe a responsabilidade universal do Estado diante de todas as ações humanas. "O simples fato de uma ação não ser proibida, e, por isso, permitida, não fundamenta nem uma participação do Estado na sua realização, nem a imputação dessa realização ao Estado" (ALEXY, 2008, p. 458). Nesse mesmo sentido, Bilbao Ubillos (1997, p. 288) afirma que, o Estado, em virtude do dever de proteção, pode estar obrigado a proibir determinadas agressões de agentes privados contra os bens constitucionalmente protegidos, no entanto, não tem fundamento a tese da imputação universal ao Estado das ações humanas não proibidas.

2.3 Soluções diferenciadas

O ponto de partida para se propor soluções diferenciadas está na afirmação de que as teorias acima expostas não são tão incompatíveis entre si como pode parecer à primeira vista. Em razão disso, é possível conjugar elementos de cada uma delas para formar algo novo que seja suficientemente apto a responder o fenômeno dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, trata-se de um *modelo conciliador*, conforme Virgílio A. da Silva indica (2005a, p. 143). Essa foi a saída encontrada por Alexy ao propor um modelo em três níveis para os efeitos perante terceiros.

Para Alexy (2008, p. 533), é falsa a idéia de que apenas uma das construções teóricas pode ser considerada a correta. Por isso somente um modelo que leve em conta os aspectos descritos em cada teoria pode oferecer uma solução completa ao problema dos direitos fundamentais nas relações privadas. Os três níveis que compõem esse modelo são: o do *dever estatal*, o dos *direitos em face do Estado* e o das *relações jurídicas entre os sujeitos privados*.

No âmbito do primeiro nível estaria a teoria da eficácia indireta, em razão dos direitos fundamentais consubstanciarem-se em uma ordem objetiva de valores. Esta deve estender os seus efeitos sobre todos os ramos do ordenamento jurídico, não deixando, dessa forma, as relações privadas imunes aos ditames dos direitos fundamentais, seja por meio da atividade de legislação infraconstitucional ou através da interpretação judicial.

Por outro lado, o segundo nível aproxima-se da construção de Schwabe e, segundo Alexy (2008, p. 537), a construção baseada nos direitos de defesa deve ser complementada por uma dos direitos à proteção. Mas, para que o desejo de uma construção unitária não permaneça, ele chega à seguinte conclusão:

> Uma tal construção pode ser obtida se se aceita um direito do cidadão, em face da jurisdição civil, a que esta leve em consideração, na medida do exigível, o princípio de direito fundamental favorável à posição alegada pelo cidadão. Se esse direito é violado, então, também é violado o direito fundamental ao qual o princípio constitucional relevante pertence. Essa construção é uma construção explicitamente *referida à jurisdição.* (ALEXY, 2008, p. 537, grifo do autor)

A característica desse nível está, portanto, no fato de que o direito privado é levado em conta nas relações entre particulares em razão das diversas soluções constitucionalmente possíveis, pois obriga o Estado a preservar, na medida do possível, os direitos fundamentais favoráveis à posição do particular.

Por fim, o último dos níveis relaciona-se à teoria da eficácia direta. No entanto, a adoção dessa teoria não corresponderia a uma eficácia absoluta dos direitos fundamentais. Logo, essa tese se refuta com a afirmação de que “a própria autonomia privada, e não apenas sua restrição, é objeto de garantias constitucionais e, com isso, de efeitos perante terceiros” (ALEXY, 2008, p. 540). Por meio de sopesamento se garante, no caso concreto, o peso relativo de cada bem em conflito, sem a submissão completa de um pelo outro.

A proposta de Alexy, por conseguinte, vem ao encontro daquelas que superam o embate teórico eficácia direta *vs* eficácia indireta, com o objetivo de realizar uma complementariedade entre as construções, e assim, possibilitar respostas mais firmes aos problemas que envolvem a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Importa destacar, ainda, que Bilbao Ubillos (2006, p. 319) comunga do entendimento de que é falsa a idéia de contraposição entre as teorias, ou seja, de que a

adoção da teoria da eficácia direta nega a da eficácia indireta, pois o mais conveniente é que os direitos fundamentais sejam concretizados pelo legislador. Somente na ausência dessa regulamentação é que tais direitos se aplicariam de forma direta.[90] Sendo assim, infere-se que a medida concretizadora não é condição necessária para a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Mas também não é proibida, ou seja, se já houver a adequada regulamentação do direito fundamental em legislação infraconstitucional, não há necessidade de se recorrer à eficácia direta, desde que a norma seja suficiente para proteger o direito fundamental lesado numa relação entre agentes privados. Além disso, a vinculação do legislador não depende da eficácia horizontal, nesse sentido:

> O fato de o legislador dispor, em princípio, da prerrogativa e da primazia da concretização das normas de direitos fundamentais no âmbito das relações jurídico-privadas (o que, guardadas certas distinções, também ocorre no Direito Público) é, em última análise, corolário da própria vinculação direta do legislador (como órgão estatal) aos direitos fundamentais, situação que não pode ser confundida com o problema específico da vinculação dos particulares. (SARLET, 2000, p. 143)

Importa sublinhar que o Judiciário está apto a resolver os litígios entre particulares independente da intermediação do legislador. Pois, como órgão estatal que é, está vinculado à proteção dos direitos fundamentais, quando estes não tiverem sido adequadamente tutelados pela legislação infraconstitucional. Isso porque, não se pode continuar considerando que os direitos fundamentais signifiquem tudo no direito público e nada no direito privado (LEISNER apud BILBAO UBILLOS, 2006, p. 309).

Após serem lançadas, nesse capítulo, diversas idéias a respeito da influência dos direitos fundamentais nas relações privadas, não se pode deixar de ratificar que, diante da atual etapa do direito constitucional, os direitos fundamentais alcançaram um *status* que tem a potencialidade de transformar as relações sociais, com o objetivo de proteger a dignidade humana diante dos diversos ataques possíveis. Contudo, salienta-se que, os abusos cometidos na ordem privada permaneceram imunes aos ditames constitucionais, em razão da pretensa igualdade formal limitadora da atuação estatal no

[90] Essa também é a solução proposta por Vasco Pereira da Silva (1987, p. 267). Tal posição é compartilhada por Benedita Mac Crorie que assim se manifesta: "O facto de se contrapor eficácia imediata e eficácia mediata não significa que se trate de conceitos excludentes: admitir a possibilidade de uma vigência imediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados não implica negar ou subestimar o efeito de irradiação desses direitos através da lei. É, de facto, o legislador quem, em primeira linha, deve resolver a situação de conflito. Para além disso, os conceitos indeterminados e as cláusulas gerais do direito privado devem ser interpretadas e densificadas à luz dos preceitos constitucionais" (2005, p. 91).

âmbito social. Todavia, a emergência dos poderes privados teve o condão de abrir os olhos dos operadores do direito para as práticas que desrespeitavam os direitos fundamentais nas relações entre os particulares.

Em razão disso e dos argumentos discutidos nesse trabalho, conclui-se que em tempos de neoconstitucionalismo não há espaço, ao menos em terras brasileiras, para a negação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Ainda mais, os direitos fundamentais não podem chegar às relações entre particulares apenas por meio do legislador, deve-se reconhecer a possibilidade de aplicação direta desses direitos. Não se trata de uma eficácia absoluta, como já apontado, pois isso contrariaria os próprios fundamentos do neoconstitucionalismo, em que o direito é gerado no caso concreto, levando-se em conta as suas limitações e possibilidades.

Acredita-se que os direitos fundamentais deveriam deixar de ser problema exclusivo do Estado e ultrapassar as fronteiras liberais que os impedem de humanizar as relações entre agentes privados. Isso não significa isentar o Estado de sua responsabilidade, mas chamar a sociedade para assumir uma corresponsabilidade na concretização dos preceitos de direitos fundamentais.

3 – DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E RELAÇÕES ENTRE PARTICULARES

Após as análises acerca da exclusão social e da necessária emergência do direito fundamental à inclusão social, do fenômeno do neoconstitucionalismo ensejando a eficácia dos direitos fundamentais para além da relação Estado-cidadão e das respectivas teorias explicativas do tema, faz-se imperioso, nesse momento, investigar a possível relação entre esse novo direito fundamental e as relações que se dão no âmbito dos particulares. Tal problema, à primeira vista, pode parecer de fácil conclusão já que se parte da possibilidade de os direitos fundamentais se aplicarem nas relações privadas, inclusive de forma direta como defendido nesse trabalho. Sendo assim, a consequência para o direito fundamental à inclusão social não poderia ser diferente da que se confere aos demais, ou seja, seu raio de aplicabilidade atingiria a esfera horizontal. Todavia, mesmo que essa afirmativa esteja correta, isso não é tão lógico-dedutivo como pode parecer à primeira vista, pois não se pode abrir mão das peculiaridades que cada direito fundamental carrega consigo, ainda mais de um novo direito fundamental que exige delimitação do seu âmbito de proteção e de seu âmbito de garantia efetiva, conforme ensina Canotilho (2008, p. 198-199). [91]

Nesse sentido, o presente capítulo tem por meta analisar de que forma a inclusão social como direito fundamental pode ser também concretizada por meio dos agentes privados. Para se realizar tal intento será necessário investigar a possível relação entre o direito fundamental à inclusão social e os direitos sociais. A partir daí, abordar-se-á a extensão dos direitos sociais prestacionais às relações entre particulares, com ênfase na responsabilidade dos poderes privados na erradicação da marginalização e exclusão social.

Por fim, para se completar o objeto pesquisado, sem a pretensão de esgotamento, tratar-se-á da proteção constitucional da autonomia privada, do eventual conflito, no âmbito privado, com os direitos fundamentais e dos critérios e parâmetros para a superação desse problema.

---

[91] "O âmbito de protecção significa que um bem é protegido, mas, nesse âmbito, podem intervir medidas desvantajosas de entes públicos ou de entes privados, que, mesmo sendo lícitos, carecem de justificação e de limites. O âmbito de garantia efectiva é o domínio dentro do qual qualquer ingerência, pública ou privada, é ilícita" (CANOTILHO, 2008, p. 199).

3.1 – Direito fundamental à inclusão social e direitos sociais

A denominação direitos sociais relaciona-se às transformações ocorridas no seio da sociedade durante a segunda metade do século XIX e, de forma mais intensa, no início do século XX, quando o fundamento liberal-individualista dos direitos começa a não dar conta de responder aos reclames por justiça social, sobremodo no que se refere às violações aos direitos fundamentadas na liberdade negocial e igualdade formal. Dentro desse mesmo contexto, a titularidade dos direitos fundamentais desloca-se do âmbito exclusivamente individualista-abstrato para considerar o indivíduo inserido em um contexto social determinado. Se para os direitos individuais, civis e políticos (em sua acepção original) a diferença de raça, religião, condição social ou sexo não era observada para a concessão de tutela jurídica, já que se partia do princípio da igualdade universal (não-discriminação), para os direitos sociais a situação se mostrou diversa, pois a sua concessão vinculava-se ao princípio da diferença, no sentido de que o ser-humano tem necessidades específicas, dependendo da sua posição no meio social. Nesse sentido, os direitos sociais apresentam "como fator normogenético os influxos da vida em coletividade, concebendo os cidadãos não mais como seres autistas, isolados em suas relações privadas, mas como membros da sociedade, que necessitam desenvolver suas potencialidades dentro de uma intersecção com os demais membros do grupamento humano" (AGRA, 2010, p. 523).

Dentro de uma perspectiva histórica, o substrato genérico para a raiz da relação indivíduo-sociedade e a consequente atribuição de direitos sociais pode ser encontrado na ideia de comunidade entre os homens, nas relações fundadas no apoio e colaboração mútuos. Tal pensamento não alcançaria o seu desenvolvimento sem a contribuição grega, no que se refere à elevação do indivíduo ao mais alto valor. Em razão disso, trata-se de um traço comum ao espírito grego o serviço à comunidade e a relação entre os homens fundada na amizade (*philia*) (MARTÍNEZ, 1999, p. 08-09). "Essa concepção de amizade como relação imprescindível para a convivência social, como fraternidade, será determinante como ética da generosidade para fundamentar políticas

protetoras dos fracos" (MARTÍNEZ, 1999, p. 12, tradução nossa).[92] Séculos mais tarde essa construção irá embasar o surgimento de direitos aptos a contrabalancear a exploração gerada pelo nascimento e posterior expansão da sociedade industrial.

O fundamento ontológico dos direitos sociais deita raízes na consideração de indivíduo que, em razão de estar socialmente situado (não mais um ser abstrata e igualmente considerado), merece formas de proteção específicas para que não reste abandonado à própria sorte,[93] principalmente pela exploração gerada pelos poderes privados em franca expansão. Trata-se, assim, de direitos que se concretizam como uma forma de contrapeso concedido aos indivíduos em razão da exploração e desigualdade perpetradas pela própria sociedade.

> Os direitos humanos sociais visam, por fim, a uma relativização de situações de desequilíbrio e uma equiparação material dos cidadãos. A conhecida sátira de Anatol France em *Le lys rouge* sobre a "majestosa igualdade da lei", que proíbe igualmente ricos e pobres de dormir debaixo de pontes, bem como a variação de Bert Brecht em sua poesia sobre "Três parágrafos da Constituição de Weimar": "Corra, corra, plebeu, tu tens o direito de adquirir um terreno", demonstram o absurdo de um *pensamento-de-igualdade* orientado de modo puramente abstrato e formal. (NEUNER, 2006, p. 152, grifo do autor)

A garantia da liberdade formal não era suficiente para que os indivíduos possam, por si sós, assegurar a sua dignidade, pois tal garantia "engendrava mecanismos que frequentemente acabavam, como em um processo de tensão dialética, negando sua própria existência" (NUNES JUNIOR, 2009, p. 50). Ainda mais quando no terreno social estão em jogo forças privadas desproporcionalmente maiores que as daqueles que contam somente com o *direito fundamental à liberdade de escolha entre vender sua mão de obra ou viver na miséria*, por exemplo.[94] Em razão disso, os direitos sociais partem da desigual distribuição de riqueza, que tolhe os indivíduos na satisfação de suas necessidades mais elementares. Tal situação os impede ainda de alcançar o *nível mínimo de humanidade* para

---

[92] "Esa concepción de la amistad como relación imprescindible para la convivencia social, como fraternidad, será determinante como ética de la generosidad para fundamentar políticas protectoras de los débiles" (MARTÍNEZ, 1999, p. 12).

[93] Dentro do paradigma liberal, não haveria qualquer tipo de arbitrariedade nessa situação, pois estaria amparada pela preservação da igualdade formal.

[94] Vidal Serrano Nunes Junior (2009, p. 89) aduz nesse sentido: "Basta vislumbrar, como exemplo, as relações de trabalho, cujas partes que a integram desfrutam de uma situação absolutamente desigual. De um lado, o empregador, que usufrui de uma inegável situação de prepotência econômica, e, de outro, o empregado, claramente fragilizado pela necessidade de prover à própria subsistência e a de seus familiares".

o desfrute de sua condição humana e dos direitos individuais, civis e políticos, conforme observa Martínez (1999, p. 64).

Em razão da comunhão dessas ideias, os direitos sociais visam, de forma mais veemente, aqueles cidadãos que não estão em condições plenas de exercitarem os seus direitos mais básicos, principalmente pela hipossuficiência econômica, educacional, cultural e outras. É principalmente para os mais carentes, debilitados e excluídos que os direitos sociais voltam sua carga normativa. E, de forma mais intensa, quando esses direitos são consagrados em constituições de países periféricos e de desenvolvimento tardio, onde os níveis de pobreza, miséria e exclusão ainda são alarmantes, como os países da América Latina, sem deixar de incluir o Brasil.

Nesse ponto, pode-se encontrar a estreita relação que une os direitos sociais e o direito fundamental à inclusão social. Ambos carregam o caráter reordenador, de transformação da vida social com o intuito de diminuir a distância que separa os detentores da riqueza econômica daqueles que tentam sobreviver. Nas palavras de Canotilho (2008, p. 255, grifo de autor): "os direitos sociais e os princípios socialmente conformadores significam, no actual contexto, a legitimação de medidas públicas destinadas a garantir a *inclusão* do indivíduo nos esquemas prestacionais dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados". Os direitos sociais e o direito fundamental à inclusão social, portanto, não podem abrir mão da tarefa de reajustar as forças sociais para que promovam a redução da exploração e marginalização a que os hipossuficientes estão sujeitos na atualidade.

Ocorre, no entanto, que a concessão de prestações sociais sob a forma de direitos sociais ainda é tratada como incumbência exclusiva do Estado, ou seja, o fundamento liberal de que o único destinatário dos direitos fundamentais é o Estado não sofreu alteração quando da constitucionalização dos direitos sociais.[95] Assim, sob esse

[95] A constitucionalização dos direitos sociais foi o reconhecimento da importância que essas normas alcançaram para cada ordenamento constitucional. Na esteira da análise empreendida por Nunes Junior (2009, p. 51), foi a Constituição Francesa de 1848 o primeiro documento constitucional importante a reconhecer direitos sociais em seu texto, em seu art. 13 expôs, em linhas gerais, a proteção ao trabalho, o ensino primário profissional, a assistência às crianças abandonadas, doentes e idosos. Todavia, o mesmo autor alerta para o fato de que a Constituição brasileira de 1824, embora não tenha reconhecido expressamente os direitos sociais, apresentou uma abertura para tais direitos. "É o que nitidamente se extrai da leitura dos incisos XXI, XXII e XXIII, de seu art. 179, que, sucessivamente, garantem os 'socorros públicos', a instrução primária universal e gratuita e a existência de colégios e universidades" (2009, p. 57). O marco do constitucionalismo social pode se firmar com segurança nas Constituições do México e da Alemanha, de 1917 e 1919, respectivamente. Contemplando as reivindicações do campesinato, a Constituição mexicana regulamentou as relações de trabalho e a organização econômica. No que diz respeito às principais disposições de direitos sociais dessa Constituição, Carlos Miguel Herrera (2010, p. 14) aponta que além do art. 5º que previa a proteção do Estado nas relações de trabalho e do art. 27 consagrando a

prisma, o Estado permanece sendo o principal agente promotor dos direitos e garantias fundamentais. Tal concepção tem sua razão de ser no sentido de que deixa livre a atuação dos agentes privados, isentos de qualquer responsabilidade no tocante à concretização desses direitos. A concessão de direitos sociais por meio do Estado, aliada à liberdade no campo privado, sustenta a manutenção do capitalismo e ameniza as suas tensões contestadoras. É nesse mesmo sentido que se afirmou no primeiro capítulo que o objetivo da concessão de direitos sociais é possibilitar a conciliação entre trabalho e capital.

A respeito da visão estatal dos direitos sociais, Jörg Neuner (2006, p. 161) afirma:

> Nesse contexto, a discussão a respeito dos direitos sociais é também, com frequência, exageradamente marcada por uma perspectiva jurídico-estatal unilateral. Esquece-se que numerosos âmbitos protetivos, começando por deveres alimentares, passando por direitos de proteção dos trabalhadores, até restrições à execução, dizem respeito primariamente ao relacionamento bilateral entre sujeitos privados e, por conseguinte, não estão diretamente relacionados ao Estado no tocante à sua capacidade financeira.

Em que pese essas críticas aos direitos fundamentais sociais não estarem destituídas de fundamento, deve-se, nesse ponto, levar em conta as vantagens que esses direitos proporcionaram e o seu potencial transformador ainda inexplorado.

A expansão industrial-capitalista fundamentada na acumulação de riqueza do empresariado gerou grande exploração sobre a mão-de-obra da emergente classe dos operários. Jornadas exaustivas, ambientes insalubres e perigosos e baixos salários foram as características essenciais para que o crescimento econômico acontecesse em escala veloz. O resultado dessa equação capitalista não poderia ser outro senão a insatisfação com as condições sub-humanas de tratamento.

> A concentração operária, a situação de submissão a que estavam sujeitos e a ausência de cláusulas legais que impedissem arbitrariedades patronais acabaram por ensejar fortes movimentos de resistência que culminaram

---

reforma agrária, "o art. 123 consagra os direitos relativos ao trabalho e à sua proteção, consagrando com caráter constitucional o salário mínimo (VI e seguintes), a jornada legal de trabalho de oito horas (incisos I a III), o direito de associação (XVI), o direito de greve (XVII), a participação dos trabalhadores nos lucros da empresa (VI e IX), a responsabilidade patronal nos acidentes de trabalho (XIV), o estabelecimento de Juntas de conciliação e arbitragem tripartite (trabalhadores, empresas, governo) para regular os conflitos entre o capital e o trabalho (XX) e a indenização em caso de dispensa (XXII)". Por fim, confirmando a expansão constitucional dos direitos sociais, a Constituição alemã de 1919, enfraquecida após a I Guerra Mundial, ainda assim acolheu os interesses da classe operária alemã. O seu perfil social transformador influenciou a constitucionalização dos direitos sociais em diversos países, inclusive o Brasil, com a Constituição de 1934.

> no reconhecimento dos direitos sociais. Como se vê, os direitos sociais nasceram de uma aspiração de alforria da classe operária, em um cenário marcado por abusos nas relações constituídas sobre as duas pilastras que sustentavam a ordem jurídica de então: a propriedade privada e a autonomia da vontade. (NUNES JUNIOR, 2009, p. 51)

Partindo dessa realidade desigual, os direitos trabalhistas se consagraram para equalizar essas forças sociais tão desproporcionais. Trata-se de um avanço em relação ao período imediatamente anterior, pois as condições de trabalho, ao longo do século XX, vão recebendo cada vez mais atenção por meio da concessão de normas protetivas. Além do âmbito trabalhista, as normas de direitos sociais também vão se concretizar na área da previdência e assistência social, nas ações que envolvam a proteção aos doentes até chegarem aos instrumentos de promoção da educação, cultura, moradia e outros.[96]

Assim, em razão de a sua gênese relacionar-se à incongruência da ordem social, em que a liberdade é usufruída em proporção ao poderio econômico, resultado de uma lógica indicativa de quanto mais riqueza se acumula, mais miséria se multiplica, o que se pode concluir nesse ponto é a nota transformadora que os direitos sociais trazem em seu conteúdo. Isso porque, estes objetivam a redistribuição, o reajuste da riqueza produzida, não em forma de migalhas ou sobras que não prejudiquem a livre expansão do mercado, mas como direitos inerentes à própria condição humana. Essa ideia é compartilhada por José Murilo de Carvalho (2008, p. 10) quando afirma: “se os direitos civis garantem a vida em sociedade, se os direitos políticos garantem a participação no governo da sociedade, os direitos sociais garantem a participação na riqueza coletiva”.

Não é outro, também, o ideal perseguido pelo direito fundamental à inclusão social, já que se consubstancia na posição jurídica de vantagem conferida ao indivíduo para que a ele sejam proporcionadas condições para o desenvolvimento consciente e pleno de sua potencialidade humana, a fim de ser sujeito da própria história, liberto de dependências que sequer supunha sofrer, e de poder interferir democraticamente nas decisões que afetem sua vida e a coletividade. Direitos sociais e direito fundamental à inclusão social imbricam-se e formam, em conjunto, um sistema protetivo apto a proporcionar ao intérprete e aplicador do direito um arsenal normativo superador e transformador da realidade excludente.

Ainda no tocante aos direitos sociais, importante questão que merece um olhar cuidadoso diz respeito à concepção que associa os direitos sociais às prestações

[96] A respeito do sucesso restrito na concessão desses direitos, bem como seu enfraquecimento em razão do neoliberalismo, já foram tecidas maiores considerações no primeiro capítulo desse trabalho.

positivas do Estado (agir). Isso significa que, em contraposição às tradicionais liberdades públicas que exigiam a simples abstenção estatal para que os direitos fundamentais fossem respeitados, os direitos sociais, de forma contrária, fariam parte de uma mudança na postura pública, pois seria preciso a mão interventiva estatal para o reequilíbrio das forças sociais, preservando assim a real fruição dos direitos fundamentais de primeira dimensão, conforme já apontado. Tal ideia fundamenta-se na consciência de que "o bem comum não resulta de geração espontânea" (BENDA, 2001, p. 526, tradução nossa).[97] Dentro dessa perspectiva, Konrad Hesse (2001, p. 98, tradução nossa) observa a mesma problemática no que se refere aos direitos sociais como ações positivas:

> A problemática de tais direitos se explica por ter uma estrutura distinta da dos tradicionais direitos de liberdade e igualdade. Direitos sociais fundamentais, como por exemplo, o direito ao trabalho ou o direito a uma habitação adequada ou à seguridade social já não são efetivos pelo fato de que se respeitem e amparem, mas requerem de antemão e, em qualquer caso, mais que nos direitos fundamentais tradicionais, ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles.[98]

De fato, os direitos sociais descortinaram a necessidade de haver maior intervenção no meio social, pois a consagração das liberdades já não era suficiente para a proteção dos indivíduos diante das relações econômicas que se desenvolviam pela industrialização da sociedade. Todavia, não se pode perder de vista que a garantia de um *facere* por parte do Estado não se deu somente com a concessão dos direitos sociais. Antes mesmo dessas conquistas, o cidadão já possuía direitos subjetivos em face do Estado para que este tomasse um ato positivo na proteção dos direitos fundamentais. No entanto, para que essa conclusão se sustente é preciso compreender a *ação positiva do Estado* de forma ampla, para abranger, conforme a lição de Canotilho (2008, p. 50): a) o direito de o indivíduo exigir do Estado proteção perante outros indivíduos por meio de normas penais, por exemplo;[99] b) o direito em face do Estado para que ele conceda mecanismos de

---

[97] "El *bien común* no resulta por generación espontânea" (BENDA, 2001, p. 526, grifo do autor).

[98] "La problemática de tales derechos se explica por tener una estructura distinta de la de los tradicionales derechos de liberdad e igualdad. Derechos sociales fundamentales como por ejemplo el derecho al trabajo o el derecho a una vivienda adecuada o a la seguridad social no se hacen ya efectivos por el hecho de que se respeten y amparen, sino que requieren de antemano, y en cualquier caso más que en los derechos fundamentales tradicionales, acciones del Estado tendentes a realizar el programa contenido en ellos" (HESSE, 2001, p. 98).

[99] Atente-se para o direito à vida, típica consagração liberal-defensiva. Tal direito também se reveste de um viés positivo por meio do Estado, pois não basta a indisponibilidade desse bem constitucional, deve-se ir além. Nesse sentido, "direito à protecção da vida, através do Estado, contra os ataques ou medidas de terceiros, o que implica a adopção pelos poderes públicos de actos normativos (exemplo: leis penais) ou actos

participação aos indivíduos na organização e procedimento para a defesa e exercício de outros direitos; c) por fim, as prestações fáticas em sentido estrito. É interessante notar que as duas primeiras formas de agir do Estado expostas por Canotilho não se vinculam diretamente à concessão dos direitos sociais.

> Já por esta diferenciação se verifica que a dificuldade de *subjetivação de um direito a um* facere *do Estado* não é apenas um fenómeno do moderno "Estado Social", pois o *direito* à *protecção jurídica* através do Estado (= acesso ao direito e à via judiciária) constituiu sempre uma das linhas orientadoras fundamentais do *Rechtsstaat* e da compreensão liberal dos direitos fundamentais. Consequentemente, e ao contrário do que por vezes se afirma, alguns dos "típicos direitos liberais" apresentam problemas semelhantes aos dos modernos "direitos a prestações". (CANOTILHO, 2008, p. 50-51, grifo do autor)

Nesse mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 591) refere-se ao estudo feito por Victor Abramovich e Christian Courtis (*Los derechos sociales como derechos exigibles.* Madrid: Trotta, 2002) no sentido de que independentemente da classificação em direitos sociais ou direitos civis e políticos, os direitos sempre têm um custo indispensável para a sua proteção. Assim, a criação e manutenção de instituições políticas, judiciárias e de segurança não abre mão do aporte financeiro estatal para a tutela da liberdade de imprensa, do direito de propriedade, do direito de associação, do direito de votar e ser votado, etc. Diante disso, não se conserva com a mesma força a ideia dicotômica de que os direitos fundamentais consagradores das liberdades públicas caracterizam-se exclusivamente pelo seu caráter negativo e que, por outro lado, os direitos sociais se concretizariam somente pelo agir do Estado. Essa constatação também é feita por Prieto Sanchís (2009, p. 173). Salienta-se que, em relação a essa última afirmação de que os direitos sociais não se efetivam apenas por ações positivas, algumas linhas explicativas precisam ser tecidas.

No âmbito do constitucionalismo pátrio, a preocupação com a concretização da dignidade humana atingiu um ponto em que o constituinte entendeu por razoável conceder uma ampla proteção por meio de diversas normas de direitos fundamentais, especificadoras desse valor fundamental da República brasileira. No que toca aos direitos sociais, a Constituição de 1988 incluiu em seu texto não só as posições tradicionais desses direitos, ou seja, aquelas que impõem uma ação estatal, como também

---

fácticos (detenções, prisões, etc.). O cidadão tem direito, aqui, a uma acção positiva – normativa ou fáctica – do Estado" (CANOTILHO, 2008, p. 54).

um grupo voltado especialmente à defesa perante o Estado. Nesse ponto, pode-se vislumbrar, a título exemplificativo, o rol dos direitos fundamentais dos trabalhadores em que se encontram diversas disposições voltadas ao amparo do direito de liberdade e do princípio da igualdade contra ingerências públicas e privadas. É o caso, por exemplo, da proibição de discriminação (art. 7º, XXX a XXXIV), da liberdade de associação sindical (art. 8º) e do direito de greve (art. 9º).[100] Ao analisar os direitos fundamentais, Vidal Serrano Nunes Junior (2009, p. 63) comunga do entendimento de que o que se espera desses direitos é uma abstenção estatal, pois é gerado um espaço de liberdade, cuja reivindicação principal é o afastamento do Estado.

Ainda a respeito dessas disposições, Ingo Sarlet (2007, p. 193) afirma:

> Em que pese a denominação de direito social (cuja pertinência não se pretende aqui colocar em dúvida), o fato é que estes dispositivos – de acordo com o critério da função desempenhada – contém típicos direitos de defesa, situando-se, de acordo com abalizada doutrina, no âmbito das assim denominadas liberdades sociais (direitos sociais negativos), tomando-se a expressão em sentido amplo, já que evidentemente (ao menos no que diz com o rol dos direitos sociais na nossa Constituição) não restrita a direitos típicos de liberdade.

Além disso, ultrapassando a órbita exclusiva dos direitos dos trabalhadores, Daniel Sarmento (2006a, p. 292) indica a esfera defensiva do direito à saúde, que se relaciona com a obrigação de não adoção de qualquer comportamento por parte dos órgãos públicos (dimensão apenas vertical) que ameace a saúde do seu titular. A partir daí, conclui-se que a nota distintiva entre os direitos civis e políticos e os direitos sociais não se encontra na relação *non facere* de um lado e *facere* de outro. Na análise dos direitos fundamentais deve-se considerar a função primordialmente exercida por eles. Nesse aspecto é de se levar em conta a proposta de Robert Alexy (2008), acolhida em solo brasileiro por Ingo Sarlet (2007, p. 185), que divide os direitos fundamentais inicialmente

[100] Direitos estes também aplicáveis na esfera do serviço público, tanto pela possibilidade de a Administração Pública contratar por meio do regime trabalhista, quanto pelas normas do art. 37, VI, VII e art. 39, § 3º da Constituição Federal que assim dispõem: Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...] VI - é garantido ao servidor público civil o direito à livre associação sindical; VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica. [...] Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas. [...] § 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

em dois grandes grupos, quais sejam, os *direitos fundamentais como direitos de defesa* de um lado e, de outro, os *direitos fundamentais como direitos a prestações*. Em relação aos primeiros, consubstanciam-se na preservação de um espaço de liberdade em face das ingerências arbitrárias do Poder Público, ameaças estas que ainda rondam o Estado Democrático de Direito, principalmente em face das tentações ao abuso de poder, em outras palavras, "é um direito em face do Estado a que ele se abstenha de intervir" (ALEXY, 2008, p. 456). Como já discutido, essa função não é exclusiva dos direitos chamados individuais, civis e políticos, tendo em vista que os direitos sociais também podem se expressar por essa perspectiva.

Em relação ao segundo grupo, Robert Alexy (2008, p. 444) aponta que dentro da categoria dos *direitos a prestações* se encontrariam três subgrupos: direitos à proteção, direitos à organização e procedimento e direitos à prestação em sentido estrito. Tal classificação tem como nota distintiva todo e qualquer comportamento ativo por parte do Estado. Diferentemente, Ingo Sarlet (2007, p. 185) subdivide os direitos fundamentais como *direitos a prestações* em duas outras categorias: os *direitos a prestações em sentido amplo* (que englobaria os direitos à proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e os *direitos a prestações em sentido estrito*. O autor brasileiro faz essa distinção entre direitos a prestações em sentido amplo e restrito fundamentado no argumento de que no sentido amplo estariam as funções ligadas essencialmente ao Estado de Direito de matriz liberal, ainda que sob a forma de prestações normativas (*facere*). Já no sentido estrito, seriam aqueles que dessem expressão ao Estado Social (2007, p. 209).

De forma breve, o primeiro dos direitos à prestação (tanto para Alexy como para Sarlet) parte do direito a prestações em sentido amplo, qual seja, o direito à proteção, que pode ser entendido como o direito que o indivíduo possui para que o Estado lhe proteja contra intervenções de terceiros. Tal proteção pode se dar por diversos meios: normas de responsabilidade civil, atos administrativos, normas penais, etc. (ALEXY, 2008, p. 450). No que se refere à subjetivação desse dever de proteção, deve-se levar em consideração a natureza principiológica dos direitos fundamentais que faz o seu conteúdo definitivo depender das condições fáticas e jurídicas. Dessa forma, a subjetivação do dever de proteção estará condicionada às diversas formas de proteção escolhidas pelo Estado, ainda que não haja a exclusão absoluta da ameaça, mas atinja, ao menos, um mínimo de eficácia, "de tal sorte que uma pretensão individual somente poderá ser acolhida nas hipóteses em que o espaço de discricionariedade [estatal] estiver reduzido a zero" (SARLET, 2007, p. 211). Essa é a conclusão de Rogério Gesta Leal (2009, p. 41) quando

afirma que o dever de subjetivação do conteúdo objetivo dos direitos fundamentais sociais apresenta-se unicamente como um mandato *prima facie,* que carece de ponderação, pois não é possível resolvê-los em termos de tudo ou nada.

Ainda no âmbito dos direitos à prestação em sentido amplo, ambos os autores citam os direitos à participação na organização e procedimento. Essa função, exercida pelos direitos fundamentais, encontra dificuldades em delimitar o seu objeto em razão da imprecisão no uso dos termos “organização” e “procedimento”. Ainda assim, para não se furtar à sua análise, pode-se ter em mente que a efetividade dos direitos fundamentais depende de estruturas organizacionais e normas procedimentais para sua real concretização. Exemplificativamente: a garantia da democracia exige prestações do Estado como o direito dos partidos políticos a recursos do fundo partidário e do acesso à propaganda política gratuita nos meios de comunicação (art. 17, § 3º, CF).

Por fim, o direito a prestações em sentido estrito congrega, principalmente, as normas de direitos fundamentais sociais que exigem uma prestação fática no sentido de “assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado” (SARLET, 2007, p. 218). Frise-se que não se quer dizer que todos os direitos sociais são direitos a prestações em sentido estrito, pois esse último alcança somente os direitos sociais em seu aspecto prestacional, já que, conforme acima explanado, os direitos sociais também podem ter a função defensiva.

Pode-se perceber, assim, que os direitos fundamentais são multifuncionais, um mesmo direito fundamental pode tanto ter função defensiva como prestacional. Acredita-se, ainda, que uma das diferenças possíveis entre os direitos individuais, civis e políticos e os direitos sociais está no objetivo histórico que cada um deles busca. Os primeiros voltaram-se contra as arbitrariedades de um Estado que não levava em conta os interesses privados de uma classe comercial em franca ascensão. Já os direitos sociais surgiram do dissenso entre os interesses daquela classe privilegiada pelos direitos de primeira dimensão e a massa de operários que pleiteava melhores condições materiais para a convivência em sociedade. Atualmente, pode-se dizer que há uma força unificadora que conduz os direitos fundamentais. O eixo sobre o qual gira a órbita constitucional encontra-se, assim, no postulado da dignidade humana. Dessa forma, quaisquer que sejam os meios pelos quais os direitos fundamentais se expressem, seja defesa, proteção, prestação fática, entre outros, todos eles não podem se furtar da concretização máxima desse valor fundamental.

Assim, de forma correlata, o direito fundamental à inclusão social, por ser também concretização da dignidade humana e ter como fim a transformação da realidade social, também exige prestações positivas que poderão ultrapassar os limites da esfera estatal, conforme orientação dessa pesquisa, nas discussões a seguir.

3.2 Direitos sociais prestacionais e relações privadas

Apresentou-se, no segundo capítulo desse trabalho, a análise em torno dos direitos fundamentais e de sua eficácia no âmbito dos particulares. Para se chegar a essa conclusão, percorreu-se o caminho em torno do neoconstitucionalismo e da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Foram examinadas, ainda, as diversas teorias que pretendem explicar a maneira pela qual os direitos fundamentais alcançam as relações entre os particulares. A presente pesquisa posicionou-se no sentido de que os direitos fundamentais, em tempos de neoconstitucionalismo, não podem ficar limitados à obrigação de respeito somente por parte do Estado, visto que os agentes privados, ainda mais quando se fala nos poderes privados, devem respeito a tais direitos, pois são normas que regem a vida da coletividade e não somente a atuação estatal. O conteúdo valorativo dos direitos fundamentais, portanto, expande efeitos sobre toda e qualquer relação em que se encontra uma violação à dignidade humana, independentemente de quem seja o ofensor, se Estado ou particular.

Dentro do fenômeno da horizontalidade dos direitos fundamentais pode-se ainda aprofundar sua análise para a visualização de uma problemática específica que diz respeitos aos direitos sociais. Melhor dizendo, o debate em torno dos direitos fundamentais e sua eficácia nas relações entre particulares, apesar de estar longe de se tornar uma prática constante nos tribunais pátrios, alcançou, no âmbito doutrinário, uma considerável aceitação no sentido de que esses direitos atingem, de alguma forma, as tratativas privadas (SARLET, 2006, p. 579). Não se pode perder de vista, todavia, que o terreno é fértil e não completamente aclarado, haja vista as implicações que a aceitação dessa teoria podem gerar no extenso direito civil brasileiro, nas normas de direito empresarial, no debate processual e internacional da temática.

Verifica-se, no entanto, que a discussão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais restringe-se, principalmente, apenas aos direitos de defesa, ou seja,

àqueles direitos em que há mero dever de abstenção de agir, tanto dos poderes públicos, como dos particulares: imposição de não-discriminação, possibilidade de exercício de ampla defesa, tratamento igualitário, liberdade religiosa e associativa. Estes são os direitos normalmente atingidos nas relações que se dão exclusivamente entre os agentes privados que comportam tutela por meio da eficácia horizontal. Entretanto, o problema não se encerra por aí, pelo contrário, o caráter multifuncional dos direitos fundamentais impõe diversas formas de atuação para que a sua proteção se torne real e efetiva. O caráter defensivo é apenas uma face do potencial garantidor dos direitos fundamentais, mas a atenção deve se voltar, também, para sua esfera prestacional e o respectivo raio de incidência nos interesses privados. A respeito disso,

> Frise-se que o maior obstáculo à eficácia horizontal advém dos direitos sociais, que precisam da atuação estatal para sua realização e impõem uma redistribuição dos ativos sociais. Com relação às demais espécies, mesmo aceitando sua variação em diversos âmbitos de proteção, com juridicidade e complexidade diversas, a oposição a sua concretização nas relações entre cidadãos se configura bem menor. (AGRA, 2010, p. 548)

Esse é o objeto da presente análise: a eficácia dos direitos sociais (conjuntamente o direito fundamental à inclusão social) nas relações entre os particulares. Frise-se que para se alcançar uma delimitação mínima, o foco se volta primordialmente aos direitos sociais em seu caráter prestacional, conforme a classificação multifuncional dos direitos fundamentais já apresentada. Assim, para problematizar a questão lançam-se os seguintes questionamentos: haveria alguma responsabilidade por parte dos estabelecimentos de ensino particulares para com o direito fundamental à educação dos mais carentes? Se sim, qual o limite? Ainda mais, haveria prevalência desse mesmo direito fundamental em face da inadimplência do aluno? A respeito do direito à saúde, poderia um hospital privado ser compelido a atender pessoas sem meios suficientes para a subsistência diante de um problema de saúde? Até que ponto os contratos de assistência médica privada limitariam o gozo pleno do direito à saúde? (CRUZ, 2010, p. 99). Qual a obrigação das empresas privadas em proporcionar meios de trabalho aos portadores de deficiência? Ou ainda, poderia se exigir de uma rede de supermercado condições especiais para as compras realizadas pelos deficientes visuais, por exemplo, leitores ópticos que emitem som dos valores dos produtos ou informação em código Braille? As hipóteses de aplicação dos direitos sociais prestacionais às relações privadas são infindáveis, o que se pode perceber à primeira vista é que esse fenômeno se apresenta ainda mais delicado do que o que diz

respeito aos direitos fundamentais em sua dimensão defensiva. Por isso, impor prestações ativas por meio dos particulares é tarefa que exige uma análise cautelosa para que não se asfixie a liberdade humana.

A Constituição Federal de 1988 foi generosa e ao mesmo tempo ambiciosa no que diz respeito à concessão de direitos fundamentais por meio do extenso rol desses direitos, da garantia de aplicabilidade imediata, da proteção contra o constituinte derivado por meio das cláusulas pétreas e do controle amplo de constitucionalidade. O texto constitucional, para além da concepção exclusivamente vertical dos direitos fundamentais, estendeu os efeitos de tais direitos para a proteção em face dos agentes particulares, como é o caso dos direitos fundamentais dos trabalhadores, que têm em sua gênese o amparo diante das violações perpetradas pelos empregadores. No que diz respeito aos direitos sociais prestacionais, a Constituição de 1988 deu sinais de que esses direitos não seriam tarefas exclusivas do Poder Público, ou seja, dispôs em algumas normas uma nota de corresponsabilidade no tocante à sua concretização. São exemplos:

> Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos *e da sociedade*, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. [...] 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. [...] Art. 227. É *dever da família, da sociedade* e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. [...] Art. 230. *A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar* as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (grifos nossos).

Tais disposições não podem deixar de ser levadas em conta quando se investiga os direitos sociais nas relações particulares. O texto constitucional é expresso no sentido de atribuir deveres à sociedade na promoção dos direitos sociais à assistência, educação, proteção à criança, ao adolescente, ao jovem e aos idosos. Em que pese haver comando constitucional nesse sentido, as dificuldades para especificar o alcance e os limites dessa intervenção dos direitos fundamentais ainda são grandes, mas acredita-se que não seja impossível a superação desses obstáculos, ainda mais quando se parte de uma concepção neoconstitucional do fenômeno jurídico.

Na esfera do direito comparado, já se teceram algumas linhas, no segundo capítulo, a respeito do texto constitucional português de 1976, que consagra expressamente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais por meio do art. 18º, n. 1. Tal Constituição dispôs sistematicamente os direitos fundamentais em dois grandes grupos: os *direitos, liberdades e garantias* (Título II, Parte I) e os *direitos e deveres económicos, sociais e culturais* (Título III, Parte I). O primeiro deles abrange os típicos direitos fundamentais em seu aspecto defensivo, já o segundo grupo apresenta aqueles direitos voltados a uma prestação positiva por parte dos órgãos estatais. Ocorre que o referido art. 18º, n. 1 é claro ao estatuir que:

> 1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos *direitos, liberdades e garantias* são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A lei só pode restringir os *direitos, liberdades e garantias* nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de *direitos, liberdades e garantias* têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais (grifos nosso).

À primeira vista é comum se afirmar que os direitos, liberdades e garantias da Constituição de Portugal têm um status privilegiado em face dos direitos e deveres econômicos, sociais e culturais, já que as normas do referido art. 18º, que dizem respeito à força jurídica dos direitos fundamentais, não se estendem aos direitos sociais pela literalidade da disposição. Em razão disso, não haveria possibilidade de se aplicar os direitos sociais nas relações privadas tendo em vista que o texto português limita tal intervenção apenas aos direitos consagradores de liberdades e garantias. Esse tratamento dicotômico dos direitos fundamentais também é vislumbrado por Cristina Queiroz (2006, p. 5):

> Um dos problemas com que se defronta o constitucionalismo actual, no plano nacional, tem a ver com a dicotomia entre os “direitos, liberdades e garantias” e os “direitos económicos, sociais e culturais”. Essa dicotomia (ou “dualismo”), que encontra apoio implícito no texto constitucional, posto que os direitos económicos, sociais e culturais, ou, genericamente, os “direitos fundamentais sociais”, ainda que expressamente qualificados de *direitos fundamentais*, beneficiam do regime jurídico geral dos direitos fundamentais, mas não do regime jurídico específico previsto para os direitos, liberdades e garantias, basicamente o disposto no art. 18º da Lei Fundamental.

Esse aparente tratamento estanque não se sustenta quando se utiliza o recurso do art. 17º da mesma Constituição para possibilitar a comunicação entre as duas esferas de direitos fundamentais. Tal disposição afirma que "O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II e aos direitos fundamentais de natureza análoga". Assim, em razão da natureza análoga que une tanto os direitos, liberdades e garantias como os direitos econômicos, sociais e culturais não há se falar em regimes diferenciados, pois mesmo sob a aparente distinção constitucional, há um único regime, qual seja, o regime de proteção dos direitos fundamentais próprio de Estado de Direito (NOVAIS, 2006, p. 197). Portanto, em terras portuguesas, a eficácia dos direitos sociais junto às relações entre agentes privados não encontra obstáculo em seu texto constitucional, pelo contrário, por meio de uma interpretação integradora, o disposto no art. 18º, n. 1 deve ser estendido aos direitos econômicos, sociais e culturais.

Como foi dito, no caso brasileiro não se tem disposição normativa a respeito, ou seja, não se permite expressamente, todavia, também não há proibição. Tal fato não impede que, por meio de uma fundamentação teórica consistente, os direitos fundamentais se apliquem às relações privadas, conforme ficou demonstrado no segundo capítulo desse trabalho. Dessa forma, os mesmos argumentos lançados em favor da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais aplicar-se-iam aos direitos sociais prestacionais em razão da fundamentalidade material que une todos os direitos fundamentais. Isso porque, aquelas são decisões básicas e estruturantes do Estado e da sociedade. Tais direitos formam um sistema protetivo que, apesar das diversas formas como podem ser positivados[101] e concretizados, estão ligados pelo objetivo comum a ser

[101] Carlos Bernal Pulido aponta a indeterminação do objeto como uma das características que diferencia os direitos sociais. A esse respeito, ele afirma: "Nos direitos sociais, a indeterminação se apresenta porque a disposição que estabelece o direito não fixa com clareza em todos os casos qual é a prestação mediante a qual se satisfaz o direito. Como consequência, tampouco aparece determinado o que é considerado constitucionalmente contrário aquilo que o direito exige, ou seja, não aparece determinado quando se vulnera o direito social" (2010, p. 150-151). No entanto, tal argumento pode servir à ineficácia desses direitos em razão do aspecto difuso a eles atribuído. Para fins de alcançar sua eficácia, Vidal Serrano Júnior (2009, p. 98 et seq.) faz uma análise das diversas formas pelas quais os direitos sociais são positivados no Texto Constitucional. Para ele, tais direitos são positivados por meio de: a) *normas programáticas* que se limitam a apontar diretrizes, tarefas ou finalidades a serem atingidas, sem, contudo, precisar como, quando e o que deve exatamente ser feito, como o art. 230 que trata da proteção ao idoso; b) *normas atributivas de direitos públicos subjetivos*, como o art. 205 c.c. o art. 208 que elenca as formas pelas quais a educação, como dever do Estado, será garantida; c) *normas consagradoras de garantias institucionais* tanto as de índole político-jurídicas (municípios, associações, partidos políticos) como as de caráter de direito privado como a família e a propriedade (art. 182, § 4º, III e art. 184 que se referem à desapropriação para preservação da função social da propriedade); d) *cláusulas limitativas do poder econômico*, como os direitos dos trabalhadores e a proteção ao consumidor; e) *normas projectivas*, ou seja, normas de conformação do perfil social dos institutos fundantes da ordem econômica capitalista, tais normas têm o condão de compatibilizar os preceitos essencialmente capitalistas com o perfil social da Constituição de 1988, note-se o art. 170 que trata da ordem econômica, mas limita a sua atuação aos princípios humanizadores que traz em seus incisos, com o objetivo

perseguido que é a dignidade da pessoa humana. Em princípio não há óbice para que os direitos sociais prestacionais não se estendam às relações privadas simplesmente por exigirem ações positivas. Por outro lado, não se descuida de que a afirmação genérica dessa vinculação exige mais atenção no que se refere às formas pelas quais os particulares irão cumprir esses comandos. Contudo, esse fato, por si só, não pode ser obstáculo instransponível para a projeção dos direitos sociais prestacionais às relações privadas.

No âmbito da doutrina brasileira específica do tema, Wilson Steinmetz (2004, p. 278-279) entende por incorreta a tese de que também os direitos sociais prestacionais operam eficácia no âmbito das relações entre particulares. Para ele, as prestações dos direitos sociais obrigam apenas o Estado, eximindo os particulares de qualquer atuação nesse sentido, exceto no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores que, para ele, vinculariam os particulares. Ocorre que essa horizontalidade não agrega nada de novo a tais direitos, pois a origem destes é a proteção em face dos agentes privados. Ainda mais, se por um lado a tese negativa do autor parte da crítica à afirmação genérica de que todos os direitos fundamentais se aplicam às relações privadas, por outro, seu argumento de rechaço acaba sendo também demasiado amplo, pois não considera as formas específicas pelas quais os direitos sociais podem ser aplicados às relações privadas. Afirma o referido autor:

> Os particulares *não estão obrigados*, ante o direito fundamental social à educação, a criar escolas, universidades ou outras instituições de ensino para outros particulares. Os particulares *não estão obrigados*, ante o direito fundamental à saúde, a criar hospitais e postos ou ambulatórios de saúde nem pagar tratamentos médicos para outros particulares. O mesmo vale para os demais direitos fundamentais sociais do art. 6º.

Por meio desses argumentos, Steinmetz nega a possibilidade da horizontalidade fundamentando-se em situações limites em que, mesmo quem adotasse a teoria poderia dela discordar em razão de a vinculação exigir muito mais cautela em suas formas de atuação na esfera privada do que a que exige uma mera abstenção. Ele apresenta situações extremas para negar *qualquer* forma de eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais às relações privadas.

Em que pese a discussão dessa temática não ter alcançado ainda muitos adeptos, e levando-se em conta a premissa teórico-constitucional sobre a qual parte esse

---

último de propiciar uma vida digna. Dessa forma, alcança-se uma delimitação mínima a fim de que os direitos sociais possam ser juridicamente exigíveis, superando, assim, a obscuridade de sua área de proteção.

trabalho, não há como excluir de forma absoluta os particulares das obrigações provindas dos direitos sociais prestacionais, haja vista que o projeto de sociedade que a Constituição Federal visa ultrapassa o individualismo egocêntrico que norteia os interesses privados. A construção de uma sociedade livre, justa e solidária é um dever do Estado, mas que também pesa sobre toda a sociedade na medida de suas responsabilidades (SARMENTO, 2006a, p. 297). No mesmo sentido, Jörg Neuner (2006, p. 164) afirma que não faz diferença de onde provenha a violação à dignidade humana, se pública ou privada, os direitos fundamentais sociais ensejam, sim, uma eficácia horizontal, pois recepcionam um padrão mínimo de humanização das relações privadas.

Deve-se deixar claro que o modo como seriam aplicados os direitos fundamentais nas relações entre particulares não seria igual ao que se aplica às obrigações de políticas públicas a cargo do Estado. Não se pode simplesmente substituir o Estado como destinatário de um direito fundamental por um particular, e exigir desse as mesmas prestações. Já foi explicado, pois, que nas relações privadas há sempre dois titulares de direitos fundamentais. Assim, a eficácia horizontal sempre envolverá um conflito de direitos fundamentais que não possibilita soluções *a priori* sem levar em conta as peculiaridades dos casos concretos. Mesmo assim, essa elevada dose de prudência e bom senso no reconhecimento de direitos subjetivos a prestações, tendo por destinatário os particulares, não poderá, por si só, levar à negação dessa possibilidade (SARLET, 2006, p. 592).

A confirmar a eficácia horizontal dos direitos sociais, Gregorio Peces-Barba Martínez (1999, p. 60, tradução nossa) afirma:

> Os direitos econômicos, sociais e culturais estabelecem em favor dos seus titulares uma prestação normalmente a cargos dos poderes públicos, ainda que, em ocasiões, podem estar a cargo de outros particulares. São muitas vezes vistos como direitos de crédito, ao outorgar aos titulares um título para exigir essa prestação de quem resulte obrigado. A justificativa da intervenção baseia-se na convicção de que resolve uma carência, em relação com uma necessidade básica, que impede o desenvolvimento como pessoa e a livre eleição de planos de vida de quem se encontre nessa situação.[102]

[102] "Los derechos económicos sociales y culturales establecen en favor de sus titulares una prestación normalmente a cargo de los poderes públicos, aunque, en ocasiones, pueden estar a cargo de otros particulares. Se les suele considerar como derechos de crédito, al otorgar a los titulares un título para exigir esa prestación de quién resulte obligado. La justificación de la intervención se basa en la convicción de que resuelve una carencia, en relación con una necesidad basica, que impide el desarrollo como persona y la libre elección de planes de vida de quien se encuentre en esa situación" (MARTÍNEZ, 1999, p. 60).

Observa-se, portanto, que a permissão de influência dos direitos fundamentais junto às relações privadas denota uma corresponsabilidade com a diminuição das desigualdades sociais, sem excluir a obrigação primária do Estado. É importante salientar que não se pretende isentar os órgãos públicos do planejamento e execução das políticas públicas necessárias e urgentes para a sociedade brasileira tão desigual e excludente. Ocorre, no entanto, que a convivência em sociedade une os indivíduos em prol de um objetivo político comum, expresso na Constituição. Resguarda-se a liberdade individual para perseguir as vontades e projetos pessoais,[103] mas isso não pode ser um escudo protetor para que os agentes privados se eximam de colaborar para a maximização da dignidade humana de cada indivíduo.

3.2.1 Eficácia indireta e direta dos direitos sociais prestacionais

Há que se reconhecer que o projeto expansivo dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não encontra razões suficientes para negar a geração dos efeitos horizontais dos direitos sociais em seu aspecto prestacional. A Constituição Federal de 1988 impõe o dever de redução das desigualdades sociais, tarefa essa que ultrapassa as obrigações públicas e atinge, de certa forma, a atuação privada, principalmente no âmbito negocial. Os valores de solidariedade que o Texto Constitucional carrega são potencializados quando se aliam à perspectiva neoconstitucional do direito. Em razão disso, ao atingirem as relações privadas, os direitos fundamentais sociais provocam uma reordenação nos objetivos perseguidos nessas relações, pondo em pauta, também, a busca pela melhoria das condições de vida da sociedade.

Dessa maneira, desimpede-se o caminho para que os direitos fundamentais sociais prestacionais possam levar a transformação da realidade social com fins inclusivos até as relações jurídicas travadas sob o manto liberal-individualista do livre jogo de interesses.

Se se parte da posição de que os direitos sociais também se aplicam às relações privadas e que tal vinculação deve atender a rigorosa cautela, deve-se, nesse

[103] A respeito dessa liberdade, Vieira de Andrade (2006, p. 297) diz: “o homem não é apenas um ser racional, nem é perfeito e a ética jurídica não pode pretender que ele o seja. A liberdade do homem individual inclui necessariamente uma margem de arbítrio, é também uma liberdade emocional”.

ponto, observar como essa incidência pode ocorrer sob a luz das duas principais teorias explicativas do tema: teorias da eficácia indireta e direta.

A eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, como já apontado no segundo capítulo, não nega que tais direitos possam atingir a esfera particular. Ocorre que a forma como essa vinculação pode aparecer exige uma intermediação legislativa, no sentido de criar a legislação privada conforme os ditames constitucionais e, ainda, uma atuação judicial interpretativa das cláusulas gerais, com o objetivo de complementar a eficácia horizontal. A nota distintiva encontra-se, portanto, na mediação feita pela legislação, que dará conta de fazer chegar os direitos fundamentais junto às tratativas privadas. No que diz respeitos aos direitos fundamentais sociais, não é nenhuma novidade a existência de legislação intermediadora, no sentido de conceder esses direitos por meio de uma iniciativa particular. Um exemplo digno de nota pode ser encontrado na Lei nº 11.096/2005, que instituiu o Programa Universidade para Todos (PROUNI). Tal legislação impõe a concretização do direito social à educação aos estudantes egressos de escolas públicas, bem como aos portadores de deficiência, mediante a concessão de bolsas de estudos em universidades particulares. Estas, por sua vez, recebem isenção fiscal para promover a inclusão daqueles que nunca tiveram a oportunidade de acesso a esse espaço social de conhecimento e emancipação. Ainda na esfera da educação, a Lei nº 9.870/1999 dispõe sobre ao valor das mensalidades escolares e tutela, em seu art. 6º, o educando em face do inadimplemento contratual. Assim dispõe: "Art. 6º São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias. § 1º O desligamento do aluno por inadimplência somente poderá ocorrer ao final do ano letivo ou, no ensino superior, ao final do semestre letivo quando a instituição adotar o regime didático semestral. § 2º Os estabelecimentos de ensino fundamental, médio e superior deverão expedir, a qualquer tempo, os documentos de transferência de seus alunos, independentemente de sua adimplência ou da adoção de procedimentos legais de cobranças judiciais".

Não se pode deixar de indicar, também, a Lei nº 8.899/94, que concede às pessoas portadoras de deficiência, comprovadamente carentes, passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual. Tal legislação foi objeto de ação direta de

inconstitucionalidade (ADI 2649/DF), julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal.[104] Ainda no que diz respeito ao transporte coletivo, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.471/03) prevê a concessão de duas vagas gratuitas aos idosos maiores de 65 anos e com renda igual ou inferior a dois salários-mínimos, além de desconto de 50%, no mínimo, no valor das passagens, em caso de esgotamento das gratuitas.

Ainda mais, o direito à proteção à maternidade e à infância, no âmbito privado, também é tutelado por meio do artigo 399 da Consolidação das Leis do Trabalho, que assim dispõe: "O Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio conferirá diploma de benemerência aos empregadores que se distinguirem pela organização e manutenção de creches e de instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar, desde que tais serviços se recomendem por sua generosidade e pela eficiência das respectivas instalações". Além dessa disposição, a Lei nº 11.770/2008 que criou o Programa Empresa Cidadã com o intuito de prorrogar a licença-maternidade por mais sessenta dias, mediante incentivos fiscais. No âmbito da assistência social, a Lei nº 8.742/93 (Lei Orgânica da Assistência Social) enuncia em seu artigo 1º que "A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um *conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade*, para garantir o atendimento às necessidades básicas" (grifo nosso) e complementa no artigo 26: "O incentivo a projetos de enfrentamento da pobreza assentar-se-á em mecanismos de articulação e de participação de diferentes áreas governamentais e em *sistema de cooperação entre organismos governamentais, não governamentais e da sociedade civil*." (grifo nosso). Ora, esse texto infraconstitucional acolhe, de forma expressa, a participação privada na esfera de promoção dos direitos que possibilitam a redução da pobreza e miséria. Por fim, também é exemplo o art. 93, *caput*, da Lei nº

[104] Ação direta de inconstitucionalidade: Associação Brasileira das Empresas de Transporte Rodoviário Intermunicipal, Interestadual e Internacional de Passageiros – ABRATI. Constitucionalidade da Lei 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência. Alegação de afronta aos princípios da ordem econômica, da isonomia, da livre iniciativa e do direito de propriedade, além de ausência de indicação de fonte de custeio (arts. 1º, IV; 5º, XXII; e 170 da CF): improcedência. A autora, associação de classe, teve sua legitimidade para ajuizar ação direta de inconstitucionalidade reconhecida a partir do julgamento da ADI 3.153-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 9-9-2005. Pertinência temática entre as finalidades da autora e a matéria veiculada na lei questionada reconhecida. Em 30-3-2007, o Brasil assinou, na sede da ONU, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como seu Protocolo Facultativo, comprometendo-se a implementar medidas para dar efetividade ao que foi ajustado. A Lei 8.899/1994 é parte das políticas públicas para inserir os portadores de necessidades especiais na sociedade e objetiva a igualdade de oportunidades e a humanização das relações sociais, em cumprimento aos fundamentos da República de cidadania e dignidade da pessoa humana, o que se concretiza pela definição de meios para que eles sejam alcançados**.** (ADI 2.649**,** Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 8-5-2008, Plenário, *DJE* de 17-10-2008).

8.213/91, que obriga as empresas com mais de 100 empregados a contratar pessoas portadoras de deficiência.

Da análise das referidas legislações, não restam dúvidas, portanto, de que os direitos sociais se aplicam às relações privadas e que tal vinculação já se dá de forma indireta. Essas disposições normativas indicam a correponsabilidade na concretização dos direitos sociais, não exime o dever estatal, mas conclama a participação dos agentes privados.[105] A respeito disso, as reflexões de Sarmento (2006a, p. 295) tornam-se esclarecedoras:

> Existe uma série de razões que justifica, hoje, a concepção de que, ao lado do dever primário do Estado, de garantir os direitos sociais, é possível, também visualizar um dever secundário da sociedade de assegurá-los. Em primeiro lugar, porque as relações privadas, que se desenvolvem sob o pálio da Constituição, não estão isentas da incidência dos valores constitucionais, que impõem sua conformação a parâmetros materiais de justiça, nos quais desponta a ideia de solidariedade. Além disso, diante da decantada crise de financiamento do *Welfare State*, que o impede de atender a todas as demandas sociais relevantes, é importante encontrar outros corresponsáveis que – sem exclusão da obrigação primária do Estado – possam contribuir para amenizar o dramático quadro de miséria hoje existente, assumindo tarefas ligadas à garantia de condições mínimas para os excluídos, não já, agora, por caridade ou filantropia, mas no cumprimento de deveres juridicamente exigíveis.

Tarefa mais difícil, no entanto, é postular a eficácia direta dos direitos sociais prestacionais. Tal eficácia se dá sem uma medida intermediária por parte do legislador ou do juiz, nesse caso, os direitos fundamentais consolidar-se-iam, por si sós, em razões suficientes para a solução dos conflitos na esfera privada. Essa concepção concede uma proteção reforçada aos direitos fundamentais, já que não os faz depender de qualquer ação legislativa para sua efetivação, ainda mais, alia-se ao postulado transformador do neoconstitucionalismo.

Essa pesquisa filia-se à possibilidade de os direitos fundamentais sociais prestacionais se aplicarem às relações privadas, pois a premissa neoconstitucional sobre a qual se funda a presente investigação impõe a rematerialização das relações jurídicas.

---

[105] A participação dos empresários em prol da concretização de direitos que possibilitam a transformação da realidade social foi objeto de estudo realizado pelo Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. Nessa pesquisa, analisaram-se as quinhentas maiores empresas do Brasil e suas respectivas ações afirmativas no âmbito social, racial e de gênero. Em que pese a iniciativa cada vez mais comprometida de alguns setores empresarias, os dados levantados demonstraram que ainda é incipiente o comprometimento nessa tarefa inclusiva. Exemplificando, a pesquisa mostra que a grande maioria das empresas não possui qualquer medida para incentivar as mulheres, os negros e as pessoas com mais de 45 anos para participar do mercado de trabalho (2010, p. 26).

Além disso, em seu aspecto pragmático, pensa-se o fenômeno neoconstitucional como um meio de influir na realidade social a fim de que o direito fundamental à inclusão social possa se tornar mais um importante instrumento de tutela da dignidade humana. Nesse mesmo sentido, posicionam-se Ingo Sarlet (2006, p. 592) e Daniel Sarmento (2006a, p. 300).[106]

É interessante observar que, apesar de não se ter abordado a questão teórica envolvendo a horizontalidade dos direitos fundamentais, fato este que demonstra a ainda pouca repercussão jurisprudencial do tema, já há decisões no sentido de conceder, de forma direta, os direitos sociais prestacionais. Nesse caso, o direito à saúde, perante as relações entre particulares, independentemente de medida intermediadora.

> FUNCIONÁRIO CONTRATADO PELA CLT- PENA DE SUSPENSÃO - ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR - MEDIDA LIMINAR CONCEDIDA - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO DESPROVIDO. Agravo. Concessão de liminar obrigando empresa a prestar assistência médica e hospitalar à empregada afastada da mesma por motivo de saúde. A suspensão, pela empresa/empregadora, colocou em risco a vida da empregada. Saúde é um direito social a todos garantido, como prevê o disposto no artigo 6., da Carta da República. Manutenção do "decisum". Conhecimento e improvimento do recurso. (AI 1998.002.09845, TJRJ, Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva, DJRJ 24/03/1999)

Ainda mais:

> TUTELA ANTECIPADA. PLANO DE SAÚDE. MEDIDA CONCEDIDA PARA OBTENÇÃO DE COBERTURA NEGADA PELA OPERADORA. Existência de prova inequívoca de risco de vida sofrido pelo agravado, consubstanciado em estenoses severas em 95% das artérias coronarianas. Tutela concedida com o fim de realização de angioplastia percutânea, uma vez existente risco de acidente isquêmico, fatal, como comprovado. Presença de "periculum in mora" e "fumus boni iuris", ao lado de prova inequívoca, sustentando a verossimilhança das alegações. Aplicação do princípio da proporcionalidade ou razoabilidade acerca dos bens em conflito. Direito fundamental à vida do agravado, garantido pela magna carta, sobreposto a questões obrigacionais e contratuais, a serem examinadas oportunamente. Improvimento do

[106] Comunga-se com o entendimento de Daniel Sarmento (2006a, p. 301) a respeito dos limites em adotar essa concepção dos direitos fundamentais. “É preciso recordar que o responsável primário pela garantia das prestações sociais é o Estado, e que a sobrecarga dos atores privados com obrigações positivas, sequer previstas em lei, pode comprometer de forma exagerada a dinâmica dos subsistemas sociais, prejudicando seu funcionamento, muitas vezes em detrimento, por paradoxal que seja, dos grupos vulneráveis e mais carentes da tutela dispensada pelos direitos sociais”. Afasta-se, dessa forma, a pretensão de soluções homogêneas para todos os direitos fundamentais e seu raio de atuação nas relações privadas.

> Agravo. (Agi nº 2004.002.01706, TJ/RJ, Rel. Des. Nascimento Vaz. DJ 03/08/2004)

O Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, fez prevalecer a proteção à saúde na esfera contratual privada de forma direta. Ou seja, o direito fundamental à saúde foi assegurado superando a estipulação realizada com o plano de saúde, tal solução foi alcançada sem a necessidade de se fundamentar em uma legislação infraconstitucional autorizadora.

> DIREITO DO CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. PERÍODO DE CARÊNCIA. SITUAÇÕES EMERGENCIAIS GRAVES. NEGATIVA DE COBERTURA INDEVIDA. I - Na linha dos precedentes desta Corte, o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde, não prevalece, excepcionalmente, diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado. II - No caso dos autos o seguro de saúde foi contratado em 27/10/03 para começar a viger em 1º/12/03, sendo que, no dia 28/01/04, menos de dois meses depois do início da sua vigência e antes do decurso do prazo de 120 dias contratualmente fixado para internações, o segurado veio a necessitar de atendimento hospitalar emergencial, porquanto, com histórico de infarto, devidamente informado à seguradora por ocasião da assinatura do contrato de adesão, experimentou mal súbito que culminou na sua internação na UTI. III - Diante desse quadro não poderia a seguradora ter recusado cobertura, mesmo no período de carência. IV - Recurso Especial provido. (REsp 1055199 / SP, STJ, Rel. Sidnei Beneti, DJ 03/05/2011)

Partindo-se de uma pré-compreensão neoconstitucional da ordem jurídica brasileira, mostra-se possível, portanto, superar o argumento da exclusividade estatal na efetivação dos direitos fundamentais para atingir a esfera privada. Além disso, acredita-se que o discurso irradiante dos direitos fundamentais não pode ser limitado aos direitos de cunho primordialmente defensivo. As prestações sociais também podem vincular os agentes privados, pois são posições jurídicas que carregam uma potencialidade muito acentuada de transformação da realidade e diminuição das desigualdades sociais. Tal vinculação pode se dar tanto de forma indireta como direta em razão da suficiência normativa dos direitos fundamentais. Nesse ponto, supera-se o argumento contrário à eficácia direta que se fundamenta na afirmação de que a empresa seria surpreendida com uma obrigação não decorrente de lei, pois o dever de concretização desses direitos provém diretamente das normas constitucionais, como já debatido nesse trabalho.

Não se quer dizer com isso que se trata de uma eficácia absoluta. A intensidade dos efeitos depende de cada direito fundamental envolvido. Em vista disso, a conciliação desse conflito será o objeto do último item desse trabalho.

A partir dessas considerações, pretende-se pensar em um estágio constitucional de participação ativa na promoção dos direitos sociais prestacionais. Isso porque o "debate sobre a 'exclusão social' tem, como uma de suas maiores precariedades, a expectativa assistencialista frente à pobreza, o que leva a uma fé excessiva no Estado e à desobrigação do sistema produtivo, deturpando pela raiz os horizontes da emancipação" (DEMO, 2002, p. 16). Realizar essa compatibilização é medida urgente, como forma de prestigiar o direito fundamental à inclusão social.

3.3 Tutela da autonomia privada em uma ordem neoconstitucional

Como já discutido quando da análise das teorias que giram em torno da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, em especial a teoria da eficácia direta, a crítica mais comum diz respeito, principalmente, à possível eliminação da autonomia privada, uma vez que a supremacia dos direitos fundamentais poderia asfixiar as liberdades que se exteriorizam na esfera privada. De fato, na maioria dos casos que envolvem a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, do outro lado do conflito encontra-se a autonomia privada, em especial na vertente de liberdade de estipulação contratual (com quem negociar, quais fins perseguir e a maneira de buscá-los). É justamente no exercício dessa autonomia que os direitos fundamentais podem ser violados nas relações entre os particulares.

No entanto, deve-se ter em mente que nem todo conflito de direitos fundamentais nas relações privadas envolve, necessariamente, a autonomia privada. Sobre isso, Eduardo Ribeiro Moreira (2007, p. 162-164) aponta o caso que envolveu, de um lado, o direito de crédito de um condomínio e, de outro, a existência digna da devedora, uma senhora de 90 anos sem parentes que pudessem ajudá-la a saldar o débito, pois vivia de sua insuficiente aposentadoria e da ajuda dos vizinhos. A solução encontrada para o caso foi a destinação da propriedade do imóvel ao condomínio, após o falecimento da devedora, já que a mesma não tinha herdeiros. O mesmo autor ainda traz o caso da invasão de uma

propriedade rural por parte dos trabalhadores sem-terra. Em sede de recurso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fez prevalecer o direito fundamental dos trabalhadores rurais ao trabalho e à moradia, em detrimento do direito fundamental à propriedade privada que, por não estar cumprindo suas obrigações fiscais, mereceu ser relativizada em prol de outros valores constitucionais, no caso concreto (2007, p. 192-193).

Denota-se, portanto, que a esfera de atuação dos direitos fundamentais no âmbito privado não se restringe ao conflito com a autonomia privada. No entanto, por estar mais próximo ao objetivo dessa pesquisa, e para fins de delimitação, investigar-se-á como contraponto, apenas o fenômeno da autonomia privada, a fim de demonstrar seu sentido e alcance nos quadros do constitucionalismo brasileiro contemporâneo.

Diante de uma concepção ampla, a autonomia privada pode ser entendida como a capacidade de autodeterminação do sujeito de direito, o poder de fazer escolhas de acordo com sua vontade própria, sendo um consectário da liberdade humana. Tal noção remonta à ideia kantiana de legislador de si próprio. Para Paulo Mota Pinto (2006, p. 382, grifos do autor), a autonomia privada é "justamente o *poder de fazer escolhas e diferenciações*, e de as fazer, não segundo critérios *objetivos* – de conveniência económica, de razoabilidade, de igualdade social etc. -, mas antes segundo o livre arbítrio do sujeito". Dessa forma, os projetos de vida pessoal de cada ser humano são protegidos por essa autonomia.[107] No entanto, esse direito geral de liberdade não pode ser compreendido como um direito pertencente a um sujeito abstrato, desconectado de determinada realidade social e política (PERLINGIERI, 2002, p. 17). Como já se afirmou, a concepção social dos direitos fundamentais transformou-os no sentido de serem concedidos a um indivíduo relacionado a determinada realidade, não a um ser abstratamente igual e livre. Nessa acepção, a própria liberdade também se refunda no sentido de sofrer limitações em seu exercício em prol da compatibilização com outros direitos de cunho social, pois as condições de desigualdade e exclusão do espaço brasileiro impedem a efetiva fruição da liberdade daqueles que são vítimas dos processos excludentes, como já referido no primeiro capítulo. A autonomia privada, portanto, como livre condução dos próprios interesses, em que pese ser fruto do reconhecimento da dignidade da pessoa humana (condutor dos desígnios pessoais), não é um dado abstrato de conteúdo arbitrário. Porém, a

[107] Conforme Pietro Perlingieri (2002, p. 275-276) aponta, a autonomia privada não se restringe à liberdade negocial, pois a liberdade da pessoa alcança suas escolhas existenciais, ou seja, aquelas situações subjetivas não-patrimoniais como as relativas à saúde (transplante, inseminação artificial, tratamento médico), à vida familiar (casamento, planejamento familiar, adoção) e às relativas à participação nas formações sociais (atividade política, associativa, sindical).

mera concessão formal dessa liberdade não conduz necessariamente à sua efetividade. Não há espaço para ser livre quando a fome e a miséria aprisionam.

Para além das escolhas existenciais, a autonomia privada também se expressa, e nesse caso de forma mais contundente, no campo dos negócios jurídicos. Ana Prata (1982, p. 13) restringe a análise da autonomia privada a essa última perspectiva. Nesse sentido, assim se manifesta: “autonomia privada não designa toda a liberdade, nem toda a liberdade privada, nem sequer toda a liberdade jurídica privada, mas apenas um aspecto desta última: a liberdade negocial”. Ainda de acordo com o mesmo raciocínio, Paulo Mota Pinto (2006, p. 279) afirma que dentro da autonomia privada, a liberdade contratual surge como sua mais importante decorrência. Assim, a autonomia privada ou liberdade negocial pode traduzir-se no reconhecimento pela ordem jurídica do poder dado “ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos” (PRATA, 1982, p. 11).

A gênese da autonomia privada como manifestação da liberdade negocial liga-se intimamente ao conceito de propriedade, pois ao se assegurar a possibilidade de disposição do bem ao titular desse direito é concedido, conjuntamente, o poder de produzir efeitos jurídicos, ou pela exclusão das demais pessoas em relação à propriedade do objeto, ou por meio da transmissão desse bem. Diante desse quadro, se impôs o reconhecimento da liberdade para a celebração do contrato. Tal liberdade localiza-se dentro dos limites da concepção liberal dos direitos a qual, aliada à expansão capitalista, gerou a universalização do conceito de autonomia privada, já que todos passariam a ser proprietários e, consequentemente, titulares da liberdade negocial, tanto pelos bens que possuíam quanto pela força de trabalho que venderiam. Além disso, o conceito de autonomia privada ganha relevância por se tratar de uma realização da liberdade econômica, pois se contrapõe ao contexto histórico anterior de vinculação do trabalhador à terra e ao senhor feudal. A superação dessa situação é uma forma de “libertação” do trabalhador. (PRATA, 1982, p. 07-10). Ana Prata conclui, nesse sentido, “o negócio é a afirmação da liberdade da pessoa, o negócio é o efeito jurídico da vontade livre” (1982, p. 10). Deve-se ressalvar, no entanto, que a consagração dessa liberdade no campo dos negócios tinha o claro objetivo de servir à organização econômica que vinha se firmando, pois “libertava-se” o trabalhador do trabalho rural para que ele pudesse “livremente” vender sua força de trabalho, já que era o único bem que poderia dispor de acordo com sua autonomia privada. Isso porque,

> Na medida em que não exista uma real igualdade económica ou contratual dos sujeitos contratantes, a livre manifestação das suas vontades corresponderá necessariamente ao exercício de "liberdades" qualitativamente muito diversas. Aquele que se encontra num "estado de necessidade" por não ter alternativas contratuais ou que se acha numa situação de indiscutibilidade (ou de muito restrita discutibilidade) dos termos contratuais, não exerce a sua liberdade ao contratar. (PRATA, 1982, p. 77)

Desse modo, pode-se notar que se a autonomia privada possuía alguma nota de liberdade, esta só se concretizaria por parte daqueles que detinham bens para transmitir e negociar. Configurava-se, portanto, em um direito de caráter estritamente burguês e elitista.

Segundo se afirmou ao longo dessa pesquisa, a concepção liberal-individualista dos direitos transmutou-se para trazer a referência à tutela do indivíduo por meio da sua consideração como ser concreto, sujeito às mais variadas formas de desigualdade social. A manutenção da autonomia privada nos mesmos termos de sua concepção original tende a potencializar a hipossuficiência fática de cada sujeito, pois ao se conceder efeitos jurídicos a um negócio praticado pela autonomia privada de sujeitos economicamente distintos acaba-se por dar juridicidade a essa desigualdade.

Assim, para que se possa vislumbrar o atual significado da autonomia privada deve-se analisar como se dá sua tutela diante do constitucionalismo contemporâneo, em especial, da Constituição Federal de 1988.

A autonomia privada, em seu aspecto negocial, pode ser encontrada, ainda que a decorrência não seja imediata, em alguns dispositivos constitucionais. De forma especial, localiza-se no Título I – *Dos Princípios Fundamentais*[108] e também no Título VII – *Da Ordem Econômica e Financeira*, Capítulo I – *Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica.*[109] De imediato, pode-se perceber que o constituinte originário deu

[108] TÍTULO I - Dos Princípios Fundamentais Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

[109] TÍTULO VII - Da Ordem Econômica e Financeira - CAPÍTULO I DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de

tratamento relevante para a liberdade que se expressa no âmbito dos negócios jurídicos, principalmente em razão da localização estratégica e da forma de positivação por meio de normas que se expressam como princípios. Ocorre, no entanto, que a autonomia privada, como qualquer outro bem ou direito expresso na Constituição, não pode ser compreendida de forma isolada, pois é preciso realizar a devida harmonização com os demais valores protegidos constitucionalmente. A Constituição brasileira albergou diversos valores plurais que, à primeira vista, podem parecer contraditórios entre si: ora encontram-se preceitos que expressam uma ordem neoliberal, ora normas de conteúdo intervencionista. No entanto, a unidade que ela representa não permite a formação de um sistema autoconflitante, é preciso, portanto, uma interpretação integradora para conciliar as disposições aparentemente colidentes. No caso da autonomia privada, como já foi analisado, nota-se que a Constituição de 1988 é pródiga em direitos fundamentais, em especial os direitos sociais, que representam uma concepção transformadora da realidade social, exigindo, dentro da concepção tradicional, a intervenção estatal na sociedade. Diante disso, se faz necessária a compreensão da autonomia privada dentro dos moldes desse constitucionalismo socializante.

Conforme se pode observar do art. 1º da Constituição Federal, além da livre iniciativa, são fundamentos da República a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o pluralismo político. Já no art. 170, *caput*, a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa fundamentam a ordem econômica que tem por objetivo assegurar a existência digna dentro dos parâmetros de justiça social, observando, ainda, o princípio da *redução das desigualdades regionais e sociais* (inciso VII), dentre outros. Assim, vê-se que o exercício da atividade econômica nos quadros do constitucionalismo brasileiro não dispõe de uma liberdade indiscriminada, desvinculada da observância dos direitos fundamentais (de forma especial, o direito fundamental à inclusão social). Nota-se que há um projeto de sociedade ainda em fase de cumprimento, que busca de forma incansável a valorização da dignidade da pessoa humana no maior número de esferas possíveis, inclusive na esfera dos negócios privados, já que dentro desta os direitos fundamentais são constantemente violados em razão da supremacia econômica. A autonomia privada, portanto, só poderá ser concretizada quando levar em conta os demais valores que fundamentam o Estado brasileiro. Conforme Nunes Júnior (2010, p. 164), é da

---

qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

essência das normas projectivas ajustar os ditames capitalistas à ordem social. Também a esse respeito, veja-se o argumento de Eros Grau (2010, p. 196-197, grifos do autor):

> O texto do art. 170 não afirma que a ordem econômica *está* fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e *tem* por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, senão que ela *deve estar* - vale dizer, *tem de necessariamente estar* – fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e *deve ter* – vale dizer, *tem de necessariamente ter* – por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. A perfeita compreensão dessa obviedade é essencial, na medida em que informará a plena compreensão de que qualquer prática econômica (*mundo do ser*) incompatível com a valorização do trabalho humano e com a livre iniciativa, ou que conflite com a existência digna de todos, conforme os ditames da justiça social, será adversa à ordem constitucional.

Pode-se assentar, portanto, que a autonomia privada no contexto da Constituição de 1988 é objeto de amparo. Todavia, o seu exercício de forma legítima só se dá quando concilia com a perseguição de objetivos humanizadores, já que a liberdade negocial não é um fim em si mesma. Dentre os fins buscados, a redução das desigualdades regionais e sociais imporá limitações em prol do direito fundamental à inclusão social, concretizando, assim, esse direito fundamental no âmbito das relações privadas. Corroborando essa ideia, Ana Prata (1982, p. 199) afirma que o sujeito é livre para atuar ou não na esfera econômica, no entanto, se faz essa opção deve se subordinar aos condicionamentos dessa atuação, que podem consistir na obrigação de realizar determinados negócios jurídicos, de não os realizar, ou ainda de celebrar com dado conteúdo ou forma. Trata-se, assim, da harmonização dos preceitos constitucionais com vistas a um fim único.

Em face do exposto, pode-se dizer que a autonomia privada, em sentido amplo, recebe uma proteção heterogênea no Texto Constitucional brasileiro, pois quando relacionada à liberdade nas escolhas existenciais, a tutela jurídica é reforçada, diferentemente da autonomia privada no âmbito negocial, que não recebe o mesmo grau de proteção pelo fato de a atividade econômica perseguir objetivos que não se encerram em si mesmos. No mesmo sentido, Daniel Sarmento (2006a, p. 177-178) diz que

> Em relação às liberdades existenciais, como a privacidade, as liberdades de comunicação e expressão, de religião, de associação e de profissão, dentre tantas outras, existe uma proteção constitucional reforçada, porque, sob o prisma da Constituição, estes direitos são indispensáveis para a vida humana com dignidade. Tais liberdades não são meros

> instrumentos para a promoção de objetivos coletivos, por mais valiosos que sejam. [...] Já em relação às liberdades econômicas, [...] é evidente que se trata de uma autonomia fortemente limitada por uma série de outros valores constitucionais e interesses públicos, e que pode ser objeto de restrições legislativas, desde que proporcionais e inspiradas por valores e interesses protegidos pela Constituição.

Importa salientar, por fim, que Virgílio Afonso da Silva compreende a autonomia privada como um *princípio formal*. Para ele, tal categoria de princípio não se consubstanciaria em uma norma de conduta, mas sim em uma norma de validade. A característica central dos princípios formais seria a de fornecer razões para a obediência de uma norma, independentemente de seu conteúdo. O mesmo autor exemplifica esse conceito quando traz a ideia de precedente judicial, pois este oferece razões para que o intérprete do direito aplique uma determinada norma, simplesmente pelo caráter formal desta já ter sido decidida no mesmo sentido em casos semelhantes. Da mesma forma, a autonomia privada "é o princípio (meramente formal) que fornecerá razões para que um ato de vontade entre particulares, ainda que restrinja direitos fundamentais de uma ou ambas as partes, seja aceito e considerado como válido" (SILVA, 2005a, p. 149). Essa construção tem como objetivo principal oferecer uma contrapartida aos direitos fundamentais, garantindo, ao final, a proteção à autonomia privada como bem constitucional, pois se ela se expressa por meio de um princípio, ainda que formal, deve também ser realizada, na maior medida possível, dentro das condições fáticas e jurídicas do caso concreto. Com base nesse raciocínio, o referido autor sustenta que não há sopesamento para a solução de conflitos envolvendo direitos fundamentais e relações privadas.

Diante desse quadro, pode-se perceber a relativização da autonomia privada no âmbito negocial, em razão da convivência com outros valores fortemente protegidos. Todavia, tal mitigação não significa sua anulação, pois essa ação fraudaria a Constituição, haja vista o status constitucional que lhe é conferido.

No âmbito específico das relações privadas titularizadas pelos poderes privados, os direitos fundamentais sociais devem constituir elementos integradores desse sistema. Se os direitos sociais prestacionais devem ser aplicados nas relações privadas, as vozes mais fortes em sentido contrário partirão, primeiramente, das grandes organizações empresariais que irão se proteger dessa obrigação, sob o argumento de que seus objetivos são incompatíveis com a promoção dos direitos fundamentais. Entretanto, a respeito disso,

já se teceram algumas linhas no sentido de demonstrar que a concepção de direitos fundamentais não permite essa dicotomia que imuniza o setor privado.

Pode-se complementar essa ideia com a análise empreendida por Tom Campbell. Para esse autor, é possível construir um caminho de responsabilização das grandes empresas para a promoção dos direitos humanos, em especial, a diminuição da pobreza e miséria, pois os "direitos humanos são aplicados a todas as sociedades e a todas as pessoas. Eles não podem ser excluídos de nenhuma esfera da vida humana, inclusive o mundo econômico de produção, serviços e mercados" (CAMPBELL, 2004, p. 12, tradução nossa).[110] No que diz respeito às obrigações empresariais, Tom Campbell (2003, p. 90) exemplifica as ações possíveis: preservação das economias e meio ambientes de forma a não empobrecer aqueles que deles dependam para seu sustento; afastamento das relações com regimes políticos corruptos, que dão fim aos recursos naturais de seu país sem distribuir a riqueza em benefício da população pobre; possibilidade do estabelecimento de obrigações morais e jurídicas, de modo a contribuir com a erradicação da pobreza, na medida de seus recursos e oportunidades; promoção da educação nos territórios nos quais recruta sua força de trabalho. O referido autor parte da seguinte questão para chegar à horizontalidade dos direitos humanos, em especial, a erradicação da pobreza: "se os que vivem em pobreza evitável têm o direito ao sustento, de quem são os deveres correlatos, e qual a extensão desses deveres?" (2003, p. 96). Ao relacionar essa responsabilização com as organizações empresariais, Campbell (2003, p. 108) diz:

> O que sugiro é que os direitos de subsistência fundamentam-se, basicamente, na obrigação humanitária universal de participar no alívio do sofrimento extremo. A universalidade dessa obrigação é relativa à capacidade da pessoa ou do coletivo de contribuir para a redução da extrema pobreza. O dever de aliviar a pobreza do mundo recai sobre todos, na proporção de sua capacidade de fazê-lo e, além do mais, é aumentado por qualquer papel que cada um, porventura, desempenhe na existência dessa pobreza.

Note-se que essa proposta de responsabilização tem na *capacidade* o fator determinante para a obrigação, ou seja, só haverá obrigação de promover a redução do sofrimento alheio para quem detenha capacidade para tanto. Campbell (2003, p. 108) também diz: "Do ponto de vista humanitário, a capacidade é o fator mais importante, talvez até mesmo o único fator relevante na determinação das responsabilidades. Deve,

[110] "Human rights apply to all societies and to all people. They cannot be exclused from any sphere of human life, including the economic world of production, services and markets" (CAMPBELL, 2004, p. 12).

aqui, significa pode. Não há obrigação sem capacidade. E, nesse contexto, poder implica dever". Ora, não se pode negar que os grandes conglomerados empresariais, que detêm receitas maiores que as dos Estados e que influenciam na política interna, possuem capacidade real de gerar algum impacto na redução das condições de desigualdade e pobreza. Ainda mais, dentro da ordem constitucional brasileira, a ordem econômica não pode se eximir da concretização dos princípios expostos no art. 170 da Constituição Federal, dentre os principais, a *redução das desigualdades regionais e sociais*, conforme já afirmado, essa ideia é compartilha por Tom Campbell (2003, p. 114) quando afirma que não há fundamento para que o objetivo de lucro não possa ser complementado e restringido por outros objetivos legítimos, como a justiça social.

Portanto, não há como negar que os direitos fundamentais sociais prestacionais, de forma especial o direito fundamental à inclusão social, tenham potencialidade para serem aplicados nas relações entre particulares. Para tanto, a autonomia negocial, em que pese sua proteção constitucional, precisa ser compreendida de forma harmônica com os demais da Constituição, pois "direitos humanos são, por definição, aquelas coisas que não podem ser violadas na busca de outros objetivos" (CAMPBELL, 2004, p. 22, tradução nossa).[111] De forma mais específica, acredita-se que os poderes privados possuam capacidade econômica suficiente para serem responsáveis conjuntos pela inclusão social, conforme o sugerido por Tom Campbell.

3.4 Critérios para a solução do conflito

Após a análise das razões pelas quais os direitos fundamentais sociais prestacionais podem ter sua eficácia perante as relações que se dão na esfera privada, deve-se encaminhar a investigação para os problemas que envolvem a solução desses conflitos de direitos fundamentais. Se, por um lado, o direito social do indivíduo clama por concretização, do outro, na maioria dos casos, como já afirmado, tem-se a liberdade no trato das questões negociais, que também é objeto de tutela constitucional. Indaga-se, portanto, qual seria o limite a se exigir do particular na tarefa de promover os direitos

[111] "Human rights are, by definition, those things that may not be violated in the pursuit of other objectives" (CAMPBELL, 2004, p. 22).

sociais em detrimento de sua autonomia privada. Dessa maneira, diante do caso concreto, devem-se buscar parâmetros racionais que possam auxiliar o julgador na resolução do embate.

Primeiramente, não se pode perder de vista que os conflitos envolvendo normas com estrutura de princípios, tais como a maioria dos direitos fundamentais, surgem da necessidade de se proporcionar uma opção diante de um caso específico. O julgador, em face do *non liquet*, precisará solucionar o problema com vistas a proferir a solução constitucionalmente adequada para a situação. Dessa forma, pode-se dizer que é inviável a construção de discursos prévios de justificação, pois abstratos, não servindo, portanto, para a resolução de problemas que só se formarão no caso concreto (STRECK, 2006, p. 102).

Em que pese essa afirmação, é preciso sinalizar alguns caminhos possíveis para que o julgador, diante de um conflito de direitos fundamentais nas relações privadas, possa solucionar a questão, já que se está discutindo uma atuação dos direitos fundamentais, para além da concepção clássica que restringia a concretização destes perante o Estado. Por fim, deve-se frisar que as possíveis direções apontadas têm o condão de revelar apenas as peculiaridades que envolvem esse tipo de colisão e oferecer um substrato mínimo de racionalidade para as decisões judiciais nesse sentido, já que "fazer dogmática dos direitos fundamentais é, sobretudo, justamente elaborar critérios que possibilitem o controle intersubjetivo, aumentando a racionalidade do processo de interpretação e aplicação das disposições de direitos fundamentais" (SILVA, 2005b, p. 176). Benedita Mac Crorie (2005, p. 100) afirma, no mesmo sentido:

> Assim, a resolução do conflito não pode fugir a uma análise das circunstâncias específicas do caso concreto. No entanto, é muito importante traçar parâmetros para estes casos de colisão, com o objectivo de fornecer critérios que possam estreitar as margens de discricionariedade judicial. Na metodologia para a resolução de conflitos de direitos é necessário, antes do mais, atender-se ao âmbito e graduação do conteúdo dos preceitos constitucionais em conflito, para avaliar em que medida e com que peso cada um dos direitos está presente na situação de conflito e à natureza do caso, para apreciar os aspectos relevantes da situação concreta em que se tem que tomar uma decisão jurídica.

A doutrina brasileira que se dedicou ao tema apresenta critérios diversos para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais nas relações entre particulares. Pode-se concordar, todavia, com a afirmação de que não basta a substituição do Estado pelo particular como destinatário dos direitos fundamentais e, a partir daí, se exigir a

mesma prestação, pois o agente privado é titular de direitos fundamentais que também merecem proteção, diferentemente do Estado. Além disso, deve existir alguma conexão entre a relação jurídica mantida pelas partes e a natureza da obrigação discutida.

Em seu estudo, Daniel Sarmento (2006, p. 261 et seq.) estabelece como fator primordial na resolução desses conflitos, o *grau de desigualdade fática entre os envolvidos*. Para ele, "quanto maior for a desigualdade, mais intensa será a proteção ao direito fundamental em jogo, e menor a tutela da autonomia privada". De forma inversa, a autonomia privada vai receber uma proteção mais forte numa situação de tendencial igualdade material. Tal argumento é justificado pelas relações de sujeição potencializadas pelo crescimento dos poderes privados, configurando mais uma força violadora de direitos fundamentais.[112] Trata-se, assim, de um fator relevante para a solução dos conflitos, ainda mais quando se está a falar do cumprimento dos direitos sociais prestacionais pelos grupos empresariais, em que a liberdade irrestrita na condução dos negócios acaba por desconsiderar qualquer efetivação de direitos fundamentais. No entanto, a proposta de Sarmento recebe críticas de Virgílio Afonso da Silva (2005a, p. 157), pois a necessidade de proteção aos direitos fundamentais não pode decorrer, automaticamente, de uma desigualdade material. Deve-se observar, desse modo, a desigualdade de posições no interior das relações jurídicas. Assim ele complementa:

> A assimetria entre empregador e empregado nas relações de trabalho não decorre de uma desigualdade material entre ambas as partes, mas da própria relação de poder ínsita a essas relações. [...] A desigualdade material entre, por exemplo, a Rede Globo, uma das maiores empresas de comunicação do mundo, e os participantes de seu *reality show* é inegável. Isso não significa, contudo, que haja uma necessidade de intervir nessa relação para proteger direitos fundamentais restringidos: a desigualdade material não interfere, necessariamente, na autenticidade das vontades. (2005, p. 157, grifos do autor)

Para Virgílio (2005, p. 158), o que deve ser levado em consideração, em cada caso concreto, é o grau real de autonomia privada (sinceridade no exercício da autonomia privada). Dessa maneira, somente será concedido um peso menor à autonomia

[112] Deve-se frisar, nesse ponto, que Daniel Sarmento não limita a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas apenas quando há uma assimetria entre as partes envolvidas. Nesse sentido, ele afirma: "não apenas os grandes grupos empresariais, empregadores, associações, sindicatos e congêneres estão atrelados àqueles direitos, mas também o cidadão comum, nas relações paritárias que mantiver com outras pessoas. A questão da desigualdade material torna-se relevante apenas no momento em que se tiver de ponderar o direito em questão com a autonomia privada" (2006, p. 245) De forma diversa, Vieira de Andrade (2006, p. 286) entende que a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares só se dá quando houver uma relação de poder e não nas relações entre iguais.

privada quando se verificar a ocorrência de fatores que impeçam que uma das partes tome decisões no pleno exercício de sua liberdade negocial. Tais fatores impeditivos podem se consubstanciar de diversas formas, mas não necessariamente em uma desigualdade material entre as partes.

Por fim, Daniel Sarmento (2006, p. 267-268) aponta outro critério-guia para solucionar os conflitos *inter privatos* de direitos fundamentais, qual seja, o *grau de essencialidade do bem em discussão*. Por meio deste, haveria uma proteção reforçada em relação aos direitos fundamentais, em detrimento da autonomia privada, quando se estiver em discussão um bem jurídico essencial para a vida humana. Por outro lado, se o debate envolver bens não ligados diretamente à existência digna, deve-se dar maior prevalência à autonomia privada. No que diz respeito ao caso específico dessa pesquisa, entende-se que o direito fundamental à inclusão social bem como os outros direitos sociais prestacionais carregam uma carga diretamente ligada à dignidade humana, dando ensejo, portanto, à mitigação da autonomia privada nessas relações.

Wilson Steinmetz (2007, p. 40 et seq.) também realizou uma análise a respeito da colisão entre os direitos fundamentais e a autonomia privada. Para esse autor, a compatibilização desse conflito deve se dar por meio do princípio da proporcionalidade,[113] já que tanto os direitos fundamentais (em sua maioria) como a autonomia privada têm estrutura de princípios que exigem sua realização ótima. Após o teste da relação meio e fim (subprincípio da adequação) e do meio menos restritivo (subprincípio da necessidade), parte-se para a análise da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, para a ponderação dos bens em conflito. Nesse ponto, como os princípios constitucionais têm a mesma hierarquia e peso, quando abstratamente considerados, é preciso fixar alguns parâmetros para que, no caso concreto, o princípio com maior peso prevaleça. Desse raciocínio, pode-se dizer que não há uma hierarquia fixa entre os princípios, todavia, é possível a formação de uma ordenação flexível, tal como Alexy concebe:

[113] Nesse ponto, merece nota a análise do princípio da proporcionalidade feita por Virgílio Afonso da Silva. Para esse autor, há um problema terminológico a respeito do princípio da proporcionalidade, pois, com base na classificação das normas feita por Robert Alexy, não seria adequado nominá-lo como princípio, já que os princípios exigem uma concretização variada, na maior medida possível, dentro das circunstâncias fáticas e jurídicas. No entanto, não é o que se observa da dinâmica que a proporcionalidade exige, pois sua aplicação se dá de forma constante, sem variações, nos mesmos termos das regras. Além disso, sua função é sopesar princípios em conflito, a proporcionalidade em si não colide com outros princípios, consubstancia-se, portanto, em um critério para a solução dessas colisões. Virgílio conclui, ao final, que o termo mais apropriado é *regra da proporcionalidade* (2002, p. 26-27).

> Pode-se dizer, de forma geral, que é impossível uma ordenação dos valores ou princípios que, em todos os casos e de forma intersubjetivamente cogente, defina a decisão no âmbito dos direitos fundamentais. A impossibilidade de uma tal ordenação "rígida" não implica a impossibilidade de uma ordenação "flexível" e, sobretudo, não diz nada contra o conceito de sopesamento. Ordenações flexíveis podem surgir de duas formas: (1) por meio de preferências *prima facie* em favor de um determinado princípio ou valor; e (2) por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências. Uma ordenação flexível dos valores constitucionalmente relevantes por meio de preferências *prima facie* é obtida, por exemplo, quando se pressupõe uma carga argumentativa em favor da liberdade individual, ou da igualdade, ou de interesses coletivos. Uma ordenação flexível por meio de uma rede de decisões concretas sobre preferências é obtida por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. (2008, p. 162-163, grifos do autor)

Assim, ao estabelecerem uma ordenação flexível em favor de um princípio, as precedências *prima facie* exigem um ônus argumentativo maior para a precedência de outro princípio em conflito. Nesse contexto, Steinmetz sugere algumas precedências *prima facie* para conciliar os conflitos de direitos fundamentais entre os particulares. Eis a proposta do autor:

> [1] Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada. [2] Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada. [3] Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial. [4] Em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada. (2007, p. 52)

Pode-se perceber que na construção de Steinmetz a autonomia privada só terá preferência quando estiver em uma relação contratual de igualdade fática e em conflito com um direito fundamental individual de conteúdo patrimonial.[114] Nesse caso, para que o

[114] A respeito desses direitos, Steinmetz assim entende: "por direitos fundamentais individuais de conteúdo pessoal aqueles direitos fundamentais, formal ou materialmente incorporados à Constituição, cujo âmbito de proteção são bens, esferas ou atributos vitais intrínseca e estritamente pessoais e de transcendental importância para a definição e o desenvolvimento do indivíduo como pessoa livre e autônoma. Tais bens são de caráter imaterial e, por isso, não quantificáveis, não divisíveis e não acumuláveis" [...] "São direitos fundamentais individuais de conteúdo patrimonial aqueles direitos fundamentais, formal ou materialmente incorporados à Constituição, cujo âmbito de proteção são bens, esferas ou atributos não-intrínsecos à pessoa

direito fundamental possa prevalecer, o ônus argumentativo deverá trazer razões suficientes para superar a precedência *prima facie* da autonomia privada. Demonstra-se, assim, a flexibilidade desse sistema com vistas a que o princípio de maior peso prevaleça ao final. Ocorre que, Virgílio Afonso da Silva (2005b, p. 178-179) levanta algumas objeções em relação à solução proposta por Steinmetz. Dentre as principais, destaca o problema da aplicação do princípio da proporcionalidade, para solucionar problemas nos quais o Estado não participa. Para Virgílio, a proporcionalidade aplicada aos atos estatais que restringem direitos fundamentais exige a indagação sobre a existência de outras medidas que alcancem o mesmo objetivo, mas que restrinjam menos o direito em questão (subprincípio da necessidade). Tal proposição não poderia ser transplantada para as relações privadas, pois exigir o mesmo dos particulares retiraria deles a autonomia negocial, uma vez que "se aos particulares não resta outra solução que não a adoção das medidas estritamente necessárias, não se pode mais falar em autonomia" (2005, p. 179). Além disso, Virgílio comenta que a proposta das precedências *prima facie* fica fragilizada em seu sentido, pois, a partir da aplicação do subprincípio da necessidade, o contrato sempre será nulo se os termos do estipulado não forem os menos gravosos para o direito fundamental de conteúdo patrimonial, ainda que numa relação de igualdade fática com precedência da autonomia privada.

Ressalta-se que, para Virgílio da Silva, o que interessa para solucionar o conflito em discussão é o grau real de autonomia privada. Por isso, para ele, o princípio da proporcionalidade e, consequentemente, o sopesamento, não são aplicáveis na colisão entre direitos fundamentais e autonomia privada, pois a aferição do grau de autonomia real ou aparente se dá de forma unilateral, isto é, diz respeito apenas à própria autonomia e não aos direitos fundamentais em conflito (2005a, p. 158). Além disso, como o autor concebe a autonomia privada como um princípio formal, ou seja, como um princípio desprovido de conteúdo, não haveria possibilidade de sopesá-lo com os direitos fundamentais (expressos por meio de princípios materiais), porque faltaria um valor comum de comparação entre ambos (2005a, p. 160).

Firmadas essas posições, deve-se ter em mente que os parâmetros apontados podem ser levados em conta quando o julgador estiver em face de um conflito de direitos fundamentais nas relações entre particulares, pois expressam um caminho a guiar o intérprete na formação da sua decisão. São instrumentos que podem se somar ao

---

embora relevantes como pressupostos materiais do desenvolvimento do indivíduo como pessoa livre e autônoma. Tais bens são materiais e, por isso, quantificáveis, divisíveis e acumuláveis" (2004, p. 222).

desenvolvimento da argumentação jurídica, a fim de justificar a intensidade e a maneira pela qual os direitos sociais serão exigidos dos agentes privados, em especial, dos detentores de poderes privados. É muito importante deixar consignado ainda que, ao se buscar a solução para o conflito, o impacto econômico para o agente privado deve ser considerado, pois os direitos sociais prestacionais têm o seu custo, que não pode ser desprezado. Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho (2009, p. 32-33, grifo do autor) afirma:

> Toda atividade econômica insere-se necessariamente num contexto social, e, assim, gera custos não apenas para o empresário que a explora, mas, em diferentes graus, também para a sociedade. A indústria polui o ar, esgota fontes de matéria-prima, reclama investimentos públicos em infra-estrutura etc. Gera, por assim dizer, custos *sociais*, que poderão ou não se compensar com os benefícios que a mesma atividade econômica propicia para a sociedade, como a geração de empregos diretos e indiretos, atendimento aos consumidores, criação de novos negócios etc. A equação entre os custos e benefícios sociais nem sempre é equilibrada.

Dessa maneira, qualquer obrigação jurídica imposta ao empresário terá a natureza de elemento custo, tais normas são denominadas de direito-custo. Em razão disso, a decisão judicial deve ter o cuidado de vislumbrar que o custo da prestação poderá ser repassado a outros particulares, que também estejam em situação de vulnerabilidade, mas que ainda não tenham sido contemplados com a prestação social privada. Em razão disso, na esteira da proposta de Tom Campbell, a extensão da responsabilidade do agente privado no tocante ao direito fundamental à inclusão social não pode prescindir da análise da capacidade de cada ente particular.

Os direitos fundamentais expressam necessidades coletivas que merecem proteção diante de todas as formas de violação. Não se pode manter a desobrigação do setor privado perante tais direitos, uma vez que a dignidade humana é una. O poder que os entes privados passaram a exercer na contemporaneidade os impede de continuar desconsiderando os direitos fundamentais sob o argumento da busca de interesses próprios, como o lucro e o progresso econômico. Vive-se em um Estado que busca a redução das desigualdades sociais por meio da concessão de diversos direitos fundamentais, em especial, o direito fundamental à inclusão social. Desse modo, por irradiar efeitos sob toda a sociedade, os preceitos fundamentais podem ser concretizados pelos particulares, não há óbice jurídico para tanto. Trata-se de um dever constitucional com vistas a ampliar a efetividade da dignidade da pessoa humana.

Partindo-se, portanto, da concepção aqui analisada, de que os direitos fundamentais atingem a esfera privada, pode-se perceber, então, que a Constituição é vivida por toda a sociedade, sua efetividade deve se dar de forma cooperativa. Se ela atinge a esfera social, todos acabarão, também, por realizar a interpretação constitucional, conforme propõe Peter Häberle. Em uma sociedade aberta dos intérpretes, essa ampliação do círculo dos intérpretes é apenas "a consequência da necessidade, por todos defendida, de integração da realidade no processo de interpretação" (HÄBERLE, 2002, p. 30). Transportando essa ideia para o âmbito da eficácia horizontal dos direitos sociais, pode-se concluir que, ao se buscar a concretização de um direito social por parte de um agente privado, este estará legitimado a realizar a interpretação dos preceitos fundamentais de maneira a tornar efetiva a Constituição na esfera privada. Trata-se, assim, de outorgar a possibilidade do particular de efetivar direitos fundamentais, independentemente da necessidade de provocação judicial, conferindo-lhe, ao final, além de um dever de responsabilidade conjunta com o Estado, um instrumento hábil para a participação em uma sociedade pluralista, democrática e inclusiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o caminho percorrido por essa investigação, acredita-se que alguns pontos mereçam ser ratificados para maior clareza da ideia apresentada. Frisa-se que a análise feita nesse trabalho não teve a pretensão de esgotar a temática, muito pelo contrário, o objetivo foi apontar a existência de um problema no âmbito do direito constitucional e das relações que se dão na sociedade e, a partir daí, trazer argumentos no sentido de demonstrar a possibilidade de os direitos fundamentais sociais prestacionais atingirem a esfera privada. Para que tal afirmativa pudesse ser confirmada, foi necessário analisar a exclusão social nos países desenvolvidos. Nesse ponto, pôde-se observar que o debate em torno da exclusão social nessas realidades volta-se à discussão da diminuição e perda das conquistas atingidas em um Estado-provedor anterior. O declínio do intervencionismo estatal gerou a diminuição da proteção na esfera social. Desemprego, marginalidade, pobreza e fragilização dos laços sociais são os principais frutos desse processo de diminuição do Estado, denominado de “exclusão social”, por representar a perda de uma cidadania anteriormente conquistada.

Após esse recorte, a exclusão social foi estudada dentro da realidade brasileira, desde o processo colonizador, que se caracterizou pela exploração humana, até a rápida urbanização do século XX, que, por sua vez, foi acompanhada da concessão de privilégios a setores restritos da sociedade. Constatou-se que no Brasil a análise dos processos excludentes não poderia ser feita da mesma forma que a dos países que já alcançaram um Estado Social. Isso porque, não há como se resgatar aquilo que não se conquistou. A questão social ainda é pauta constante na agenda dos debates políticos, todavia, há muito a se avançar. Para completar a discussão a respeito da inclusão social, apresentou-se a crítica à lógica da exclusão, que se fundamenta na denúncia de que a exclusão é fruto do sistema capitalista e que, de fato, aqueles que são denominados “excluídos”, não estão fora do sistema, mas permanecem a ele vinculados sob formas que desrespeitam a garantia de uma dignidade mínima. Assim, o trabalho apresentou uma breve passagem a respeito da Filosofia da Libertação, visto que esse pensamento comunga do entendimento de que o capitalismo como Totalidade não comporta o reconhecimento do Outro, pois nele está subsumido. No entanto, a Filosofia da Libertação alerta para esse Outro que é além do sistema e que clama pelo reconhecimento de seus direitos.

Com base nessas investigações, procurou-se demonstrar que a inclusão social é necessidade premente em terras brasileiras e, como tal, não pode ser destituída de tutela jurídica. Para tanto é que se analisou a cláusula de abertura exposta no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal. Por meio dessa norma, pode-se reconhecer novos direitos que tenham a materialidade suficiente para ampliar o rol de proteção da dignidade humana, eixo em torno do qual gira o ordenamento jurídico brasileiro. Firmadas essas posições, foi possível concluir que a Constituição brasileira contém, de forma não expressa, o direito fundamental à inclusão social, relacionado diretamente ao art. 3º que traz os objetivos fundamentais da República.

Após esse debate, investigou-se a teoria da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. Nesse ponto, partiu-se da premissa teórica do neoconstitucionalismo para se defender a eficácia expansiva dos direitos fundamentais, ou seja, em razão das transformações na forma de se entender o direito constitucional e suas normas vislumbra-se a possibilidade de afirmar que os direitos fundamentais podem ser concretizados nas relações horizontais. Tal fato se dá, principalmente, pela função objetiva expressa por eles. Ocorre que essa constatação não permite abusos, pois as teorias que explicam o fenômeno da horizontalidade, principalmente as teorias direta e indireta, reconhecem a necessidade de se preservar os outros direitos envolvidos, em especial, a autonomia privada. Frise-se, ainda, que essa pesquisa demonstrou que, em função da concepção neoconstitucional do direito, a teoria mais apta a proporcionar resultados inclusivos é a teoria da eficácia direta que afasta o conteúdo dos direitos fundamentais de uma dependência exclusiva da intermediação legislativa.

Apesar da relevância da discussão das teorias da eficácia horizontal, constatou-se que esse debate tem sido restrito àqueles direitos fundamentais que se expressam na classificação doutrinária de direitos fundamentais de primeira dimensão. Tais direitos se caracterizam pelo caráter de abstenção exigido do obrigado na relação jurídica. Por tal motivo, o trabalhou caminhou um pouco além na discussão para trazer o problema da horizontalidade na esfera dos direitos fundamentais sociais, principalmente em relação àqueles que têm como nota principal a exigência de uma prestação, uma ação positiva. Como o desenvolvimento dessa problemática, em si, ainda é pouco estudado, para a fundamentação da pesquisa, partiu-se, também, da concepção neoconstitucional do direito, que possibilita um estágio de potencialização dos efeitos dos direitos fundamentais.

Para que a temática desenvolvida no primeiro capítulo não restasse desconectada do objetivo principal da pesquisa, abordou-se a semelhança que une o direito

fundamental à inclusão social e os direitos sociais, uma vez que ambos perseguem objetivos comuns. Tais direitos foram reconhecidos por possibilitarem o reajuste das forças sociais, no sentido de garantir a transformação da realidade, principalmente positivados em constituições de países em que o problema da fome, miséria, exclusão e desigualdade sejam alarmantes. Não se pode pensar em direitos fundamentais desconectados de cada momento e realidade históricos.

Diante dessa conexão, e com base nos fundamentos neoconstitucionais da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não se encontrou óbice jurídico para limitar a incidência dos direitos fundamentais sociais apenas perante o Estado. A responsabilidade pela realização da vida digna é interesse de todos e consubstanciam-se em obrigações aos agentes privados na medida de suas capacidades, em especial àqueles conhecidos como poderes privados. Confirma-se essa conclusão por meio de diversas legislações vigentes no país, que fazem a intermediação na concretização dos direitos sociais por parte dos agentes privados, denotando-se, então, a eficácia indireta desses direitos fundamentais. Além disso, e em que pese o número reduzido de decisões a respeito, a jurisprudência já deu sinais de que os direitos fundamentais sociais podem ser efetivados pelos particulares, independentemente de legislação que os obrigue a tanto, o que aponta para a teoria da eficácia direta. Discutiu-se que tal obrigação decorre da atual concepção em torno da Constituição e da normatividade de seus preceitos. Sendo assim, não haverá surpresa ao agente privado quando este tiver a devida compreensão do que a Constituição de 1988 representa.

Não se nega, por outro lado, o respeito à autonomia privada. No entanto, acredita-se que sua exata compreensão não pode continuar alicerçada nos moldes liberais em que foi construída. A Constituição Federal de 1988 protege a esfera das escolhas pessoais e negociais, todavia, nesse último aspecto deve-se ter em mente que os seus efeitos condicionam-se à harmonização aos demais preceitos da ordem econômica, principalmente os princípios humanizadores expressos no art. 170 da Constituição. Dessa maneira, afastar por completo tal princípio iria de encontro às ideias apresentadas no trabalho, já que se partilha da tese de que nos conflitos de direitos fundamentais devem prevalecer aqueles de maior peso, em concreto.

Dessa forma, partindo de uma pré-compreensão neoconstitucional do fenômeno jurídico, foi possível inferir a necessidade de amparo às violações aos direitos fundamentais, independentemente de onde provenha a agressão. Isso porque, não é o Estado o único a agredir tais direitos, mas também o mundo dos negócios, em seu afã de

expansão econômica e conquista de novos mercados. Por isso, este poderia ser agente corresponsável na concretização de direitos, tais como os direitos sociais e o direito fundamental à inclusão social. Salienta-se que a pesquisa não negou a dificuldade em encontrar parâmetros fixos para guiar o intérprete na solução desses conflitos nos casos concretos. Todavia, apresentou alguns critérios que podem ser levados em conta, quando da necessidade de se solucionar o conflito de direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares. Por tudo isso, a ausência de fundamentação prévia não foi vista como um defeito, mas como um dado da realidade do processo interpretativo, visto que as respostas devem se dar para os casos concretos, ineficazes, portanto, os discursos abstratos. Note-se que os critérios elencados não são exaustivos, pelo contrário, estão abertos para somarem-se a outros que ainda serão desenvolvidos pela doutrina. Dentre os elencados, encontram-se: a análise de grau de desigualdade entre as partes, do grau de essencialidade do bem discutido, as regras de precedência *prima facie*, o debate em torno da aplicação do princípio da proporcionalidade, o grau real de autonomia privada e o direito encarado como custo ao empresário.

Manter a esfera das grandes corporações empresariais imunes aos direitos fundamentais é fraudar os objetivos expostos pelo constituinte originário. O trabalho demonstrou, portanto, que corresponsabilizar o mundo dos negócios pela concretização desses direitos não deve ser visto como uma proposta asfixiadora ou totalizante, mas como uma ideia que pretende aproximar da realidade social brasileira o potencial transformador que a Constituição de 1988 exprime. Consequentemente, trata-se da ampliação da proteção em torno da dignidade humana, para que se tenha no *jardim* a mesma proteção que se tem na *praça*.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. *Direitos sociais.* In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do. *Tratado de Direito Constitucional*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALVES, Fernando de Brito. *Cidadania às avessas: um breve relato sobre a história da cidadania no Brasil.* Monografia. Curso de pós-graduação lato senso em História, historiografia: sociedade e cultura. Universidade Estadual do Norte do Paraná. Jacarezinho/Pr, 2005.

ANTUNES, Ricardo. Trabalho e precarização numa ordem neoliberal. In: GENTILI, Pablo; FRIGOTTO, Gaudêncio (Orgs.). *A Cidadania negada: políticas de exclusão na educação e no trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Cortez; Buenos Aires, Argentina: CLACSO, 2008.

ARGENTINA. *Constitución Nacional*, 1994. Disponível em: http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/cuerpo1.php. Acesso em: 24 nov. 2010.

ATKINSON, Tony. A experiência da União Européia com políticas de inclusão social. In: BUVINIC, Mayra; MAZZA, Jacqueline; DEUTSCH, Ruthanne. *Inclusão social e desenvolvimento econômico na América Latina.* Tradução: Hilda Maria L. P. Coelho. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington: BID, 2004.

AVELÃS NUNES, António José. O Estado capitalista. Mudar para permanecer igual a si próprio. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues et al. (Orgs.). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição.* São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2008.

AZEVEDO, Plauto Faraco. *Direito, Justiça social e neoliberalismo.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Vidas desperdiçadas.* Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

BELLO, Enzo. Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: Um Enfoque Político e Social. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BENDA, Ernesto. El Estado social de Derecho. In: BENDA, Ernesto et al. (Orgs.). *Manual de Derecho Constitucional.* 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2001.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

_____. ¿En qué medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos.* Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *O positivismo jurídico – lições de filosofia do direito.* Compiladas por Nello Morra. Tradução e notas: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.* 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008. Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal, e altera a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

_____. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos – PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior, altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências.

_____. Lei nº 10.836, de 9 de janeiro de 2004. Cria o Programa Bolsa Família e dá outras providências.

_____. Lei nº 10.471, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

_____. Lei nº 9.870, de 23 de novembro de 1999. Dispõe sobre o valor das anuidades escolares e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.899, de 29 de junho de 1994. Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual.

_____. Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 158.215-4. Rel. Min. Marco Aurélio. DJ 30/04/1996.

_____. _____. Recurso Extraordinário 161.243-6. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 29/10/1996.

_____. _____. Recurso Extraordinário 201.819. Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes. DJ 27/10/2006.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.649. Rel. Min. Carmen Lúcia. DJ 08/05/2008.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 939-7. Rel. Min. Sydney Sanches. DJ 18/03/1994.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1055199. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJ 03/05/2011.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: Conteúdo Jurídico das Expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada.* 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BUVINIC, Mayra. Introdução: inclusão social na América Latina. In: BUVINIC, Mayra; MAZZA, Jacqueline; DEUTSCH, Ruthanne. *Inclusão social e desenvolvimento econômico na América Latina.* Tradução: Hilda Maria L. P. Coelho. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington: BID, 2004.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CAMPBELL, Tom. Moral Dimensions of Human Rights. In: CAMPBELL, Tom; MILLER, Seumas (Ed.). *Human Rights and the Moral Responsabilities of Corporate and Public Sector Organisations.* Kluwer Academic Publishers, 2004.

_____. A pobreza como violação dos Direitos Humanos: Justiça Global, Direitos Humanos e as Empresas Multinacionais. In: NOLETO, Marlova Jovchelovitch; WERTHEIN, Jorge (Orgs.). *Pobreza e desigualdade no Brasil: traçando caminhos para a inclusão social.* Brasília: UNESCO, 2003.

CAMPOS, André et al. (Orgs.). *Atlas da exclusão social no Brasil: dinâmica e manifestação territorial.* Vol. 2. São Paulo: Cortez, 2004.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais.* São Paulo: Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra, 2008.

_____; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada.* Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais; 4ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CARBONELL, Miguel. El neoconstitucionalismo en su laberinto. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos.* Madrid: Editorial Trotta, 2007.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho.* 11ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

CASTEL, Robert. As armadilhas da exclusão. In: WANDERLEY, Mariangela Belfiore; BÓGUS, Lucia; YAZBEK, Maria Carmelita (Orgs.). *Desigualdade e a questão social.* 3ª ed. São Paulo: EDUC, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial: direito de empresa.* Vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico. *Isonomía:* Revista de Filosofia y Teoria del Derecho, n° 16. Alicante, 2002.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Um Olhar Crítico-Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DEL PINO, Mauro. Política educacional, emprego e exclusão social. In: GENTILI, Pablo; FRIGOTTO, Gaudêncio (Orgs.). *A Cidadania negada: políticas de exclusão na educação e no trabalho*. 4ª ed. São Paulo: Cortez; Buenos Aires, Argentina: CLACSO, 2008.

DEMO, Pedro. *Charme da Exclusão Social.* 2ª ed. Campinas: Autores Associados, 2002.

_____. *Pobreza política: a pobreza mais intensa da pobreza brasileira.* Campinas: Armazén do Ipê (Autores Associados), 2006.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da constituição.* São Paulo: Landy Editora, 2006.

DUSSEL, Enrique. *Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão.* São Paulo: Paulus, 1995.

_____. *Para uma ética da libertação latino-americana,* IV – Política. São Paulo; Piracicaba: Loyola; Unimep. S. d.

_____. *Ética da Libertação.* Petrópolis: Vozes, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales.* Cuarta edición. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

_____. Sobre los derechos fundamentales. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos.* Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. *Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009b.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O positivismo, "historiografia positivista" e história do direito. *Argumenta* – Revista do Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP. N. 10. Jacarezinho, 2009.

FONTES, Virgínia. Capitalismo, Exclusões e Inclusão Forçada. *Tempo.* Revista do Departamento de História da Universidade Federal Fluminense. Vol. 2, n° 3, 1996.

GARCÍA TORRES, Jesús; JIMENÉZ-BLANCO, Antonio. *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Madrid: Editorial Civitas, 1986.

GIDDENS, Anthony. *A terceira via.* Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. 5ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

GUATEMALA. *Constitución Política de la República de Guatemala*, 1985. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=biblioteca/pdf/0134. Acesso em: 24 nov. 2010.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica).* 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional* – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Reimpressão. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

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

_____. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA, Ernesto et al. (Orgs.). *Manual de Derecho Constitucional.* 2ª edición. Madrid: Marcial Pons, 2001.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. A Previdência Social como Direito Fundamental. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. *Perfil Social, Racial e de Gênero das 500 maiores empresas do Brasil e suas ações afirmativas.* São Paulo, 2010.

JODELET, Denise. Os processos psicossociais da exclusão. In: SAWAIA, Bader (Org.). *As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social.* 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do Poder Judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. As Constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania. In: CAMBI, Eduardo et al. (Orgs.). *Direitos fundamentais revisitados*. Curitiba: Juruá, 2008.

LUDWIG, Celso. *Para uma Filosofia Jurídica da Libertação: Paradigmas da Filosofia da Libertação e Direito Alternativo*. Florianópolis: Conceito, 2006.

MAC CRORIE, Benedita Ferreira da Silva. *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2005.

MAIA, Antonio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. *Revista Diálogo Jurídico,* n. 16, maio-junho-julho-agosto 2007.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Derechos sociales y positivismo jurídico (Escritos de Filosofía Jurídica y Política).* Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Madrid: Dykinson, 1999.

MARTINS, José de Souza. *Exclusão social e a nova desigualdade.* São Paulo: Paulus, 1997.

_____. *A sociedade vista do abismo: novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais.* 3ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco J. *A árvore do conhecimento: as bases biológicas da compreensão humana.* Tradução: Humberto Mariotti e Lia Diskin. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MENDES, Jussara Maria Rosa et al. A exclusão social como uma das manifestações da questão social no contexto brasileiro. In: BULLA, Leonia Capaverde; MENDES, Jussara Maria Rosa; PRATES, Jane Cruz. *As múltiplas formas de exclusão social*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.* São Paulo: Saraiva, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 4ª ed. Coimbra: Coimbra, 2008.

_____. *Teoria do Estado e da Constituição.* Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa Anotada.* Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2005.

MORAIS, José Luis Bolzan. O Estado e seus limites. Reflexões iniciais sobre a profanação do Estado Social e a dessacralização da Modernidade. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues et al. (Orgs.). *Constituição e Estado Social: os obstáculos à concretização da Constituição.* São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2008.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição.* São Paulo: Método, 2008a.

_____. Neoconstitucionalismo e teoria da interpretação. *Revista de Direito Constitucional e Internacional.* Ano 16, nº 63. São Paulo: Revista dos Tribunais, abr-jun 2008b.

_____. *Obtenção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MORENO, Luis. Estados del Bienestar y "mallas de seguridad". In: MORENO, Luis (Ed.). *Pobreza y Exclusión: La "malla de seguridad" en España.* Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid: Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 2001.

NABAIS, José Casalta. *Por uma Liberdade com Responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais.* Coimbra: Coimbra, 2007.

NAVARRO, Miguel Laparra. Una perspectiva de conjunto sobre el espacio social de la exclusión. In: MORENO, Luis (Ed.). *Pobreza y Exclusión: La "malla de seguridad" en España.* Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Madrid: Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 2001.

NEUNER, Jörg. Os direitos humanos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Jurisdição e Direitos Fundamentais: anuário 2004/2005*. Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul – AJURIS. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria.* Coimbra: Coimbra, 2006.

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégias de Positivação e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais.* São Paulo: Verbatim, 2009.

OAKLEY, Peter. Origens européias da exclusão social: aplicação aos países em desenvolvimento. In: BUVINIC, Mayra; MAZZA, Jacqueline; DEUTSCH, Ruthanne. *Inclusão social e desenvolvimento econômico na América Latina.* Tradução: Hilda Maria L. P. Coelho. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington: BID, 2004.

OLIVEIRA, Avelino da Rosa. *Marx e a Exclusão*. Pelotas: Seiva, 2004.

OLIVEIRA, Luciano. Os excluídos 'existem'? Notas sobre a elaboração de um novo conceito. *Revista Brasileira de Ciências Sociais.* Ano 12, nº 33, fevereiro/1997.

PAUGAM, Serge. *A desqualificação social: ensaio sobre a nova pobreza*. Tradução: Camila Giorgetti, Tereza Lourenço. São Paulo: Educ/Cortez, 2003.

_____. O enfraquecimento e a ruptura dos vínculos sociais – uma dimensão essencial do processo de desqualificação social. In: SAWAIA, Bader (Org.). *As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social*. 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.* Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales.* 9ª edición. Madrid: Tecnos, 2007.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional.* Tradução de Maria Cristina de Cicco. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERU. *Constitución Política del Perú*, 1993. Disponível em: http://www.congreso.gob.pe/ntley/ConstitucionP.htm. Acesso em: 24 nov. 2010.

PINTO, Paulo Mota. Autonomia privada e discriminação: algumas notas. In: *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado.* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

POCHMANN, Marcio et al. (Orgs.). *Atlas da exclusão social: agenda não liberal da inclusão social no Brasil.* Vol. 5. São Paulo: Cortez, 2005.

PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*, 1976. Disponível em: http://www.portugal.gov.pt/pt/GC17/Portugal/SistemaPolitico/Constituicao/Pages/default.aspx. Acesso em: 15 jul. 2010.

PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada.* Coimbra: Almedina, 1982.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a "Existem direitos sociais?" de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais – funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade.* Coimbra: Coimbra, 2006.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: evolução e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 1998.002.09845. Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva. DJRJ 24/03/1999.

_____; _____. Agravo de Instrumento 2004.002.01706. Rel. Des. Nascimento Vaz. DJ 03/08/2004.

ROCHA, Sonia. *Pobreza no Brasil: afinal, de que se trata?* 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

RODRIGUES, Eduardo Vitor. O Estado–Providência e os processos de Exclusão Social: considerações técnicas e estatísticas em torno do caso português. *Sociologia*. Revista da Faculdade de Letras. Universidade do Porto. Vol. X, 2000.

_____ et al. A Pobreza e a Exclusão Social: Teorias, Conceitos e Políticas Sociais em Portugal. *Sociologia*. Revista da Faculdade de Letras. Universidade do Porto. Vol. IX, 1999.

ROMANO, Santi. *Princípios de Direito Constitucional Geral.* Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

RÚSSIA. *Constitution of Russian Federation*, 1993. Disponível em: http://government.ru/eng/gov/base/54.html. Acesso em: 20 jan. 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Teoría del neoconstitucionalismo: Ensayos escogidos.* Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. In: RUBIO, David Sánchez et al (Orgs.). *Direitos Humanos e Globalização: fundamentos e possibilidades desde a Teoria Crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial. In: BARUFFI, Helder (Org.). *Direitos fundamentais sociais: Estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal*. Dourados: UFGD, 2009.

SANÉ, Pierre. Pobreza, a próxima fronteira na luta pelos direitos humanos. In: NOLETO, Marlova Jovchelovitch; WERTHEIN, Jorge (Orgs.). *Pobreza e desigualdade no Brasil: traçando caminhos para a inclusão social.* Brasília: UNESCO, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais, "mínimo existencial" e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Org.). *Direitos fundamentais:* estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. _____. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas.* 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

_____. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais no direito comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional* – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006b.

SAWAIA, Bader Burihan. O sofrimento ético-político como categoria de análise da dialética exclusão/inclusão. In: SAWAIA, Bader (Org.). *As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social.* 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

SEN, Amartya; KLIKSBERG, Bernardo. *As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado.* Tradução: Bernardo Ajzemberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A Constitucionalização do Direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares.* São Paulo: Malheiros, 2005a.

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares. *Revista Direito GV*, n. 01. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito de São Paulo, janeiro-junho 2005b.

_____. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais.* n. 798. São Paulo: RT, 2002.

_____. O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e obstáculos à Realização dos Direitos Sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Vasco Pereira da. A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, ano XIX, II, n.º 2. Coimbra: Almedina, 1987.

SILVER, Hilary. Políticas dos países europeus para promover a inclusão social. In: BUVINIC, Mayra; MAZZA, Jacqueline; DEUTSCH, Ruthanne. *Inclusão social e desenvolvimento econômico na América Latina.* Tradução: Hilda Maria L. P. Coelho. Rio de Janeiro: Elsevier: Washington: BID, 2004.

SINGER, Paul. *Introdução à Economia Solidária.* São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002.

SPOSATI, Aldaiza et al. *Os direitos (dos desassistidos) sociais.* 6ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

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

_____. Direitos fundamentais e relações entre particulares: anotações sobre a teoria dos imperativos de tutela. *Revista de Direito Privado.* Ano 6, n° 23. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 2005.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas.* Rio de Janeiro: Lumen Juri, 2006.

SUÍÇA. *Federal Constitution of the Swiss Confederation*, 1999. Disponível em: http://www.admin.ch/ch/e/rs/1/101.en.pdf. Acesso em: 20 jan. 2011.

TAVARES NETO, José Querino; KOZICKI, Katya. Do “eu” para o “outro”: a alteridade como pressuposto para uma (re)significação dos direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, nº 47. Curitiba, 2008.

VASCONCELLOS, Mércia Miranda. *Proteção internacional dos direitos humanos na realidade latino-americana: reflexão filosófica sob a perspectiva da ética da libertação.* Curitiba: Juruá, 2010.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* Coimbra: Almedina, 1987.

WANDERLEY, Mariangela Belfiore. Refletindo sobre a noção de exclusão. In: SAWAIA, Bader (Org.). *As artimanhas da exclusão: análise psicossocial e ética da desigualdade social.* 7ª ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

WANDERLEY, Luiz Eduardo W. Enigmas do social. In: WANDERLEY, Mariangela Belfiore; BÓGUS, Lucia; YAZBEK, Maria Carmelita (Orgs.). *Desigualdade e a questão social.* 3ª ed. São Paulo: EDUC, 2010.

WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos da Crítica no Pensamento Político e Jurídico Latino-Americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cultura jurídica.* 2ª ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

ZONINSEIN, Jonas. O caso econômico para combater a exclusão racial e étnica. In: BUVINIC, Mayra; MAZZA, Jacqueline; DEUTSCH, Ruthanne. *Inclusão social e desenvolvimento econômico na América Latina.* Tradução: Hilda Maria L. P. Coelho. Rio de Janeiro: Elsevier; Washington: BID, 2004.