

ano 17 - n. 70 | outubro/dezembro - 2017
Belo Horizonte | p. 1-318 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i70
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paraense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada no BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A incidência dos direitos sociais na esfera privada

The incidence of social rights in the private sphere

Oswaldo Ferreira de Carvalho*

Centro Universitário de Goiás (Brasil)
osvaldopesquisador@gmail.com

Recebido/Received: 26.08.2016 / August 26th, 2016

Aprovado/Approved: 30.07.2017 / July 30th, 2017

Resumo: O artigo objetiva apresentar argumentações favoráveis à incidência dos direitos sociais na esfera privada. Os direitos sociais são qualificados como autênticos direitos fundamentais que impõem o seu cumprimento e asseguram seu exercício mediante uma garantia jurídica adequada. Assim, será explicitado que o valor solidariedade ao atuar como critério hermenêutico dos direitos fundamentais, nomeadamente dos direitos sociais, implica a assunção de que o dever de garantir estes direitos não é tarefa só do Estado, mas também de agentes privados.

Palavras-chave: Direitos sociais. Esfera privada. Solidariedade. Direitos fundamentais. Agentes privados.

Abstract: The article presents arguments favorable to the incidence of social rights in the private sphere. Social rights are qualified as fundamental rights that require compliance and ensure their exercise by appropriate legal guarantee. Thus, it will be explained that the solidarity value by acting as a hermeneutical criterion of fundamental rights, including social rights, implies the assumption that the duty to guarantee these rights is not only the state task, but also private agents.

Keywords: Social rights. Private sphere. Solidarity. Fundamental rights. Private agents.

Como citar este artigo/*How to cite this article*: CARVALHO, Oswaldo Ferreira de. A incidência dos direitos sociais na esfera privada. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 107-144, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.498.

* Professor no Centro Universitário de Goiás, Uni-Anhanguera (Goiânia-GO, Brasil). Doutor em Direito – Especialidade em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, cujo título foi reconhecido pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília. Especialista em Docência do Ensino Superior. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Possui graduação em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília e graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Participa do grupo de estudos e pesquisas em Estado e Políticas Públicas da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, atuando na linha de pesquisa Direitos Humanos e Cidadania. E-mail: osvaldopesquisador@gmail.com.

Sumário: **1** Introdução – **2** Delimitação conceitual dos direitos sociais – **3** O princípio da solidariedade e a eficácia horizontal dos direitos sociais – **4** A aplicação da solidariedade para a garantia do direito fundamental à previdência social – **5** Conclusões – Referências

1 Introdução

A incidência de direitos sociais e econômicos nas relações privadas suscita uma série de questões difíceis de sanear, que se acrescentam a todos aqueles problemas gerais sobre a incidência de direitos fundamentais, sobretudo no que se refere aos direitos de liberdade (direitos individuais – civis e políticos).

Cumprе assinalar que não estaremos cuidando aqui da incidência dos direitos fundamentais sociais de cunho trabalhista, já que tal questão não suscita maiores dúvidas ou controvérsias, visto que tais direitos foram concebidos exatamente para incidir sobre as relações privadas entre trabalhadores e empregadores. O objeto de estudo que nos ocupa, neste momento, é a eficácia dos direitos fundamentais sociais e econômicos que, em regra, têm no polo passivo o Estado, tais como os direitos à saúde, à moradia e à educação previstos, respectivamente, nos artigos 64, 65 e 73 da CRP/1976 e no artigo 6º da CRFB/1988.¹

Não se pode admitir a objeção de que os direitos fundamentais não incidem no desenlace de litígios privados ou que a sua projeção dependa sempre da mediação operada pelo legislador ordinário. Nesse particular, cumpre recordar que os direitos fundamentais sociais encarnam as ideias de igualdade material² e de justiça social.³ Assim, firmamos posição de que há eficácia direta *prima facie* dos direitos fundamentais sociais nas relações privadas visto encontrar fundamento direto no princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que a vinculação dos

¹ Pontes de Miranda averba, em memorável lição na década de 30 do século passado, que a subsistência, como direito público subjetivo, realiza, “no terreno da alimentação, das vestes e da habitação, o *standard of living*, segundo três números, variáveis para maior *indefinidamente* e para menor *até o limite*, limite que é dado, respectivamente, pelo *indispensável* à vida quanto à nutrição, ao resguardo do corpo e à instalação. [...] O ideal é que *todos* tenham casas confortáveis, boas roupas, bons mobiliários e bons alimentos”. O notável jurista afirma, em lídima asserção, que “[...] o Estado exerce o dever de regenerar e de curar, a que correspondem, também, o direito do Estado à internação, mediação e reeducação, e os *direitos* do indivíduo à *subsistência* (alimento, casa, roupa) e à *assistência*, quiçá à educação”. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito à subsistência e direito ao trabalho*. Rio de Janeiro: Editorial Alba, 1933. p. 27, 28-29. Destaques no original.

² Para Antonio Enrique Pérez Luño, a temática da igualdade material apresenta características comuns com a teoria da justiça distributiva e com a teoria da justiça social. Sob a ótica da filosofia jurídico-política, a igualdade material se identifica com a ideia de equiparação e do equilíbrio de bens e de situações econômicas e sociais. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007. p. 61, 106.

³ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 107, 117; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 31-39.

sujeitos privados aos direitos sociais seja de feições não absolutas.⁴ Para Ingo Wolfgang Sarlet, inexistente distinção entre os direitos de cunho defensivo e os direitos prestacionais em que pese o seu objeto diverso e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possam vincular também, na condição de obrigado, os órgãos estatais.⁵

No entanto, cumpre ser necessário que a análise da eficácia dos direitos fundamentais sociais na esfera privada leve em consideração a dimensão do direito que está sendo avaliada e, no caso da dimensão positiva (dever de fazer ou realizar algo),⁶ a ligação existente entre as partes e o impacto econômico desta possível vinculação.

Versaremos, inicialmente, sobre uma apropriada delimitação conceitual de direitos sociais ao identifica-los como autênticos direitos fundamentais. Após isso, buscar-se-á esboçar a ideia de direitos sociais como direitos humanos subjetivos de caráter fundamental de titularidade individual, bem como tratar-se-á acerca do modelo de positivação dos direitos sociais ao tecer, também, alguma análise quanto à previsão dos direitos sociais fora do catálogo constitucional e sua configuração como cláusulas pétreas. Em seguida, nos devotaremos a examinar o princípio constitucional da solidariedade e sua conexão com a eficácia dos direitos sociais na esfera privada. Nesta etapa, realiza-se um apanhado jurisprudencial com o objetivo de ilustrar como os direitos sociais devem influenciar na interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais.

⁴ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Boletim Científico da ESMPU*, Brasília, n. 16, p. 243-244, jul./set. 2005.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Boletim Científico da ESMPU*, Brasília, n. 16, p. 248, jul./set. 2005.

⁶ Classificar os direitos civis e políticos (direitos de liberdade) como direitos que possuem uma dimensão negativa ou abstencionista e os direitos sociais como direitos prestacionais implica uma visão distorcida de sua configuração jurídica, pois a categoria dos direitos de liberdade, por exemplo, oferece-nos exemplos dos quais muitos destes direitos não apenas exigem a ausência de agressões, mas também medidas efetivas, práticas (dimensões prestacionais) que assegurem sua proteção permanente, por exemplo, temos o direito à vida que requer instrumentos operacionais (dimensões prestacionais) para sua efetividade ao se articular um sistema de segurança pública que elimine todos os atos ofensivos contra este direito fundamental. Quanto aos direitos sociais, eles não são direitos prestacionais em todos os casos ao considerar, por exemplo, que o direito ao repouso semanal remunerado e à liberdade de associação profissional ou sindical (art. 7º, inciso XV; art. 8º, *caput*, da CRFB/1988, respectivamente), para sua plena satisfação, exigem o reconhecimento em favor de seu titular em um âmbito de livre decisão, sem qualquer intervenção estatal. Logo, muitos direitos implicam ao mesmo tempo dimensões defensivas (abstencionistas) e prestacionais. Mencione-se, por último, o direito à saúde (art. 6º da CRFB/1988; art. 64 da CRP/1976; art. 43 da CE/1978), que é um típico direito social, que não apenas implica respeito a determinadas condições vitais (eliminando agressões), mas também a organização de um sistema público de saúde que, sob o ponto de vista assistencial, assegure sua satisfação. Nesse sentido: ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Argumentos para una teoría de los derechos sociales. In: RIBOTTA, Silvína; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 56-57; ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 25.

2 Delimitação conceitual dos direitos sociais

Singularizar uma definição de *direitos sociais* de uma maneira o mais abrangente possível representa um inigualável desafio por serem eles parte de um paradigma jovem e amplo tal qual o Direito Social,⁷ que possui dois séculos de existência, embora tenha experimentado um notável desenvolvimento doutrinário e científico. Direito Social é o termo que traduz a formação de um novo sistema legal que tipifica o Estado de Bem-Estar (*Welfare State*).⁸ O Direito Social significou a superação do Direito de caráter liberal, não necessariamente sua extinção ou substituição, mas objetivou alcançar o seu aperfeiçoamento, atendendo a realidade social. O direito ao trabalho foi, sem dúvida, a primeira expressão histórica completa do modelo de Direito Social.⁹

Conforme preleção de Gustav Radbruch, a concepção jurídica individualista que corresponde ao paradigma do Direito Liberal se orienta para um tipo de homem egoísta, isolado, concebido igual aos demais e vivendo à margem de todo o vínculo social cuja imagem humana abarca a ficção do *homo economicus* tal como estabelecia a economia política clássica.¹⁰ Assim, para este jusfilósofo alemão, o aspecto fundamental em que o Direito Social se inspira não é a ideia da igualdade das pessoas, mas a ideia de nivelção de suas desigualdades; a igualdade deixa de ser o ponto de partida do Direito para converter-se em meta ou aspiração da ordem jurídica.¹¹

O novo modelo político de Estado está essencialmente preocupado e empenhado com o bem-estar de toda a comunidade que o integra, com particular proteção aos setores em situação de desvantagem. Este novo objetivo preponderante da ação estatal teve seu maior desenvolvimento e reconhecimento após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo nos países ocidentais da Europa ao configurar um modelo de Estado que se diferenciou lógica e ideologicamente do Estado Liberal. Considerando suas diversas denominações, é designado geralmente como *Estado de Bem-Estar (Welfare State)*, *Estado Providência*, *Estado Social* ou *Estado Social de Direito* (este está em oposição ao Estado de Direito, de cariz liberal antes mencionado).¹² Sob essa

⁷ Segundo Gustav Radbruch, a ideia de Direito Social refere-se não apenas a um direito especial aos menos favorecidos, mas a um novo modo de ver o Direito e que “[...] o Direito Social é o resultado de uma nova concepção do homem sobre o Direito”. RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. Tradução de Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1955. p. 157.

⁸ EWALD, François. El concepto de derecho social. *Revista Contextos*, Buenos Aires, n. 1, p. 101, 1997.

⁹ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 60.

¹⁰ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. Tradução de Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1955. p. 158.

¹¹ RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. Tradução de Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1955. p. 162.

¹² CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2014. p. 185. Existe alguma controvérsia em torno do significado dos termos

perspectiva, a cidadania deixou de estar limitada ao reconhecimento dos direitos políticos (liberdade de pensamento e de expressão, direito à participação política etc.) e da garantia dos direitos civis (direito à liberdade, à igualdade, à propriedade etc.), senão que requer também um mínimo de garantia de satisfação dos direitos sociais, econômicos e culturais, para que todas as pessoas tenham igual possibilidade de acesso ao mundo social, cultural e político. Isso deve implicar as possibilidades reais de acesso à educação, à segurança quanto ao futuro, ao lazer, à participação e desfrute da cultura, à adequada alimentação, à moradia, à saúde etc., postulando-se como meta uma sociedade em que todas as pessoas estejam livres das necessidades e da insegurança.¹³ Os direitos sociais não são meras proclamações políticas ou exortações desprovidas de força vinculante dirigidas ao poder público.¹⁴

Posto esse panorama, os direitos sociais constituem técnicas pelas quais se exige do poder público o estabelecimento de condições e a remoção dos obstáculos que dificultam que a dignidade seja real e efetiva ao evitar os empecilhos para o pleno exercício dos direitos individuais, ou seja, direitos civis e políticos.¹⁵ Nessa semelhante linha de raciocínio é o pensamento de Gregorio Peces-Barba Martínez ao averbar que os direitos sociais constituem “[...] instrumentos para alcançar a igualdade que permita a todos, de maneira extensiva, participar na democracia social, desfrutar em condições dos direitos clássicos, individuais, civis e políticos, com a satisfação das necessidades básicas e, finalmente, alcançar o desenvolvimento e a salvaguarda da livre personalidade, que é um objetivo humanista”.¹⁶ Não existe uma uniformidade para sua designação, pois em alguns casos referem-se a direitos sociais, econômicos e culturais; em outros, direitos sociais e econômicos e, em outras ocasiões, predominantemente, levam em conta somente a denominação *direitos sociais*.¹⁷ Esta última designação é a que tem sido adotada neste estudo.

aqui utilizados. Fenômenos de natureza política semelhante são classificados sob as categorias de *Welfare State*, Estado Providência ou, ainda, Estado Social. Embora essa distinção seja relevante em determinados contextos, aqui ela não é realizada.

¹³ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 31-33, 56-57.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 566.

¹⁵ AVILÉS, María del Carmen Barranco. Exigibilidad de los derechos sociales y democracia. In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI*. Un desafío clave para el derecho y la justicia. Madrid: Dykinson, 2010. p. 162.

¹⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales. In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI*. Un desafío clave para el derecho y la justicia. Madrid: Dykinson, 2010. p. 30. Tradução nossa.

¹⁷ ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004. p. 120. Para estes autores, na página indicada, a denominação direitos sociais, econômicos e culturais provém do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sendo a expressão adotada pela jurisdição internacional. Quando se trata de direitos sociais, faz alusão tanto teórica quanto normativa ao plano do Direito Constitucional dos Estados.

Os direitos sociais são os mais *fundamentais* dos direitos, não só pela especial categoria que representam como direitos dentro das Constituições, mas, sobretudo, pelo caráter essencial que eles encarnam em qualquer esquema de direitos de um Estado Social de Direito contemporâneo.¹⁸ Como assinala Luigi Ferrajoli ao sugerir quatro respostas acerca da pergunta “quais direitos devem ser estabelecidos como fundamentais?”.¹⁹ Por um lado, afirma que a resposta deve ser normativa ao depender dos critérios metaéticos ou metapolíticos tais como a convivência pacífica, a igualdade, a dignidade das pessoas, as suas necessidades vitais ou similares que são idôneos para justificar a estipulação de determinados interesses ou necessidades como direitos fundamentais.²⁰ Outra resposta à pergunta anterior é dada pelo direito positivo, referindo-se a direitos que no ordenamento em questão são considerados direitos fundamentais, isto é, são direitos fundamentais em determinado Estado concreto em observância à regulação constitucional e, analogamente, são direitos fundamentais na órbita do Direito Internacional, os direitos reconhecidos pelos tratados, cartas e convenções internacionais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os dois Pactos sobre direitos civis e políticos e o de direitos sociais, econômicos e culturais de 1966, bem como outros documentos internacionais similares.²¹

A terceira resposta é aquela oferecida sob o ponto de vista da *efetividade*. São direitos fundamentais, sob o influxo deste terceiro ponto de vista, aqueles que historicamente se afirmam como resultado de lutas ou revoluções e que, são, de fato, concretamente garantidos nos diversos ordenamentos.²² A quarta resposta é fornecida pela teoria do Direito ao procurar entender o *significado* do conceito teórico-jurídico de direitos fundamentais. Nessa hipótese, Luigi Ferrajoli imprime a ideia de direitos fundamentais que os identifica com todos aqueles direitos que são atribuídos universalmente a todos como pessoas ou cidadãos.²³

Ademais, é em sede da filosofia política e, mais amplamente, em sede moral e política que se deve encontrar uma resposta racional à pergunta: “*quais direitos devem ser garantidos como fundamentais?*” Luigi Ferrajoli indica quatro critérios,

¹⁸ Nesse sentido: RIBOTTA, Silvina. Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿igualdad o prioridad? In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 263.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 89.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 90.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 90.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 91.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 92.

a saber: a dignidade da pessoa, a igualdade, a tutela dos mais fracos e a paz. Para o jurista italiano, o que garante a dignidade das pessoas são aqueles direitos fundamentais que asseguram o respeito da sua identidade de pessoa, ou seja, por um lado, os *direitos de liberdade* – da liberdade pessoal à liberdade de consciência, da liberdade de pensamento aos direitos de autonomia civil e política; de outro lado, os *direitos sociais* à sobrevivência que são todos – dos direitos à saúde e à educação aos direitos à subsistência e à previdência – direitos à redução das desigualdades nas condições de vida, as quais não têm relação com a identidade das pessoas, mas sim com as suas discriminações ou disparidades de caráter econômico e social.²⁴ A igualdade constitui um princípio complexo ao exigir a proteção das diferenças pessoais de identidade e a redução das desigualdades. Tal critério traduz a igualdade tanto dos *direitos de liberdade* como dos *direitos sociais* (todos direcionados para a redução das desigualdades materiais e sociais). Assim, é no sentido do universalismo dos direitos fundamentais, a sua equivalência com o princípio da igualdade, que impõem o respeito das diferenças mediante a garantia dos *direitos sociais*.²⁵

O terceiro critério refere-se ao papel dos direitos fundamentais como a *lei dos mais fracos* como alternativa à lei dos mais fortes que vigorariam na sua ausência como, por exemplo, o direito à vida contra a lei do mais forte fisicamente; os direitos de imunidade e de liberdade contra a lei de quem é mais forte politicamente; os *direitos sociais* contra a lei de quem é mais forte social e economicamente.²⁶ O quarto critério axiológico de fundação dos direitos fundamentais compreende o nexo entre direitos humanos e paz, expressamente enunciado no preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 ao exigir que devam ser assegurados como direitos fundamentais todos os direitos vitais cuja garantia é condição necessária à paz como o direito à vida e à integridade pessoal, os direitos civis e políticos, mas também e de maneira imprescindível em um mundo no qual a sobrevivência é cada vez menos uma questão natural para se tornar uma questão social: os *direitos sociais*.²⁷

Assim, a dignidade da pessoa, a igualdade, a tutela dos mais fracos e a paz são os critérios que podem identificar, no plano filosófico-axiológico, quais devem ser os direitos fundamentais mercedores da máxima tutela. E todos eles conduzem, invariavelmente, aos direitos sociais.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 104-105.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 105-106.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 106.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 107-108.

2.1 Os direitos sociais como direitos humanos subjetivos de caráter fundamental de titularidade individual

Consignou-se na categorização analítica anterior que os direitos sociais são direitos humanos de mais alta importância,²⁸ sendo possível afirmar, portanto, que os direitos sociais constituem-se em direitos fundamentais subjetivos²⁹ de titularidade individual³⁰ ao possuir o caráter de direitos fundamentais,³¹ seja no plano jurídico-formal como no plano material. O conteúdo dos direitos fundamentais sociais contribui para favorecer os âmbitos sociais de humanização que é o propósito supremo destes direitos.³²

²⁸ No mesmo sentido: ROSSETTI, Andrés. Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales. In: RIBOTTA, Silvína; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI*. Un desafío clave para el derecho y la justicia. Madrid: Dykinson, 2010. p. 1113. Em razão da elevada importância da categoria normativa dos direitos sociais, este autor menciona alguns direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, o direito à alimentação, à saúde e o direito à moradia, que, segundo ele, constituem precondições necessárias para que possam concretizar os direitos civis e políticos.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 305-306, 308, 315, 318, 341-342; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 87-88.

³⁰ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 82; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 48, 222-223.

³¹ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 65; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 67; PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 458.

³² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 458.

Os direitos sociais são direitos fundamentais^{33 34} que pertencem a toda pessoa individualmente considerada, haja vista a sua própria condição de ser

³³ Sustentando que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais é o parecer de Clèmerson Merlin Clève. CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: RT, 2011. v. 3. p. 241. Também é a posição de Ingo Wolfgang Sarlet ao afirmar que todos os direitos sociais são direitos fundamentais. SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 383. Além desse artigo veja-se também: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 223.

Faz-se alusão, também, ao parecer de Luísa Cristina Pinto e Netto ao consignar que os direitos sociais constituem verdadeiros direitos fundamentais, mesmo que demandem a atuação legislativa para a sua completa configuração. Segundo a autora, as normas jusfundamentais, que abarcam os direitos sociais, não representam meras normas programáticas, nem mesmo um dever geral de legislar, mas imposições legislativas concretas, e o Estado encontra-se obrigado à prestação normativa para tornar o direito eficaz. PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2009. p. 42.

Na doutrina portuguesa, Jorge Miranda ensina que, ao integrar direitos de liberdade e direitos sociais como categorias distintas de direitos fundamentais quanto ao conteúdo que exprimem, todos eles são indissociáveis uns dos outros ao se inserirem numa unidade axiológica e sistemática dentro da Constituição e da ordem jurídica em sua totalidade. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 4. p. 101.

Jorge Reis Novais qualifica os direitos sociais como direitos fundamentais constitucionais ao desfrutarem do regime dos direitos fundamentais como normas jurídicas vinculativas de força superior. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 84.

Na doutrina espanhola, Rafael de Asís Roig averba que os direitos sociais são direitos fundamentais ao possuírem uma dimensão instrumental, independente e mista. Ainda, o autor consigna que a não consideração de direitos sociais como direitos fundamentais funda-se em um discurso de caráter ideológico. ROIG, Rafael de Asís. Sobre la interpretación de los derechos sociales. In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 73. Mencione-se, ainda, a lição de Gregorio Peces-Barba Martínez para quem os direitos sociais representam um modelo de direitos fundamentais, afirmando que são incorretas as posições que pretendem excluí-los dessa categoria, pois tais direitos têm como objetivo último ajudar que todas as pessoas possam alcançar o nível máximo de humanização possível em cada momento histórico. Segundo o jusfilósofo espanhol, os direitos sociais objetivam, da mesma maneira que as outras categorias de direitos fundamentais, favorecer na organização da vida social o protagonismo da pessoa. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico*. Madrid: Dykinson, 1999. p. 61-62, 64.

Antonio Enrique Pérez Luño averba que os direitos sociais, muito mais que serem considerados uma categoria especial de direitos fundamentais, “constituem um meio positivo para dar um conteúdo real e uma possibilidade de exercício eficaz a todos os direitos e liberdades”. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 93.

^{Na} doutrina francesa, Philippe Blachère perfilha a concepção de que os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda geração, embora afirme que eles possuem uma densidade normativa reduzida em relação aos clássicos direitos fundamentais de primeira geração (civis e políticos), sendo aqueles direitos mais difíceis de serem implementados ou realizados. BLACHÈRE, Philippe. Droits fondamentaux (classification). In: CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume (Dir.). *Dictionnaire des droits fondamentaux*. Paris: Dalloz, 2010. p. 280.

³⁴ Há quem negue a própria existência de direitos sociais, como, por exemplo, Fernando Atria, o qual admite apenas o *significado político de direitos* ao constituir o único sentido político de direitos sociais, rechaçando o seu sentido jurídico por não serem tais direitos juridicamente exigíveis, de modo que a linguagem do direito é a linguagem da política. ATRIA, Fernando. Existem direitos sociais? In: MELLO, Cláudio Ari (Coord.). *Os desafios dos direitos sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 9-46, nomeadamente as páginas 24-25, 35-37. Para uma crítica às objeções expostas por Fernando Atria, veja as análises realizadas por Carlos Bernal Pulido no seguinte artigo de sua autoria: PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos

pessoa confere-lhe ser portadora de direitos básicos que possibilitam a realização plena de sua humanidade e, sob esta perspectiva, legitimar e criar uma sociedade justa.³⁵ Assim sendo, os direitos sociais possuem como principal característica a condição de articular-se não apenas ao tomar como valor central a própria dignidade humana, mas também ao levar em conta a igualdade material, em clara conexão com valores inspiradores de outros direitos igualmente fundamentais, reafirmando sua interdependência e indivisibilidade com os denominados direitos civis e políticos ou direitos de primeira dimensão.³⁶ Os direitos sociais expressam valores como a igualdade de oportunidades, qualidade de vida, solidariedade e não discriminação que, caso contrário, estima-se que os indivíduos se encontram em uma situação de cidadania carente de plenitude.³⁷ Sob esse panorama é fácil apreender o verdadeiro significado e alcance dos direitos sociais como parte integrante do conjunto mais amplo dos direitos humanos ou fundamentais.

Ante a consideração precedente, os direitos sociais expressam interesses juridicamente protegidos cuja satisfação se sujeita à vontade do seu titular, qualificando-se, pois, como um direito subjetivo.³⁸ O reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos outorga à pessoa uma faculdade³⁹ de poder de disposição

direitos sociais: uma crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137-175.

- ³⁵ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 29.
- ³⁶ ABRIL, Ernesto. La tutela de los derechos sociales y su relación conceptual con las nociones de Estado y ciudadanía. In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI*. Un desafío clave para el derecho y la justicia. Madrid: Dykinson, 2010. p. 142; VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 67.
- ³⁷ ABRIL, Ernesto. La tutela de los derechos sociales y su relación conceptual con las nociones de Estado y ciudadanía. In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI*. Un desafío clave para el derecho y la justicia. Madrid: Dykinson, 2010. p. 142.
- ³⁸ Gregorio Peces-Barba Martínez denomina de “pretensões morais justificadas”. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 277.
- ³⁹ Em lapidar lição de Tercio Sampaio Ferraz Júnior sobre o tema *direito subjetivo*, ele define que os direitos subjetivos “[...] são permissões dadas por meio de normas jurídicas”. Para ele, tais permissões, por serem atribuídas por meio de normas jurídicas, denominam-se permissões jurídicas. Logo, consoante o jurista brasileiro, direitos subjetivos podem ser definidos como permissões jurídicas. Assim, quem tiver permissão jurídica dada por meio de norma jurídica para fazer ou não fazer alguma coisa, para ter ou não ter alguma coisa, possui o direito (direito subjetivo) de fazê-la ou não fazê-la, de tê-la ou não tê-la. Portanto, quem não tiver tal permissão não possui esse direito, embora possa ter a *faculdade* de fazê-la ou não fazê-la, de tê-la ou não tê-la. Por sua vez, Tercio Sampaio Ferraz Júnior, diversamente da concepção de direito subjetivo como faculdade, argumenta que tornou insustentável a noção tradicional de que o direito subjetivo é faculdade, visto que em linguagem técnica “[...] as faculdades são potências: potências que dispõem um ser e agir. Sendo potência, uma faculdade não é um ato, mas aptidão para produzir um ato. Logo, a faculdade antecede o ato. A *faculdade* ou *potência* é possibilidade: é a possibilidade de ser. A possibilidade de se fazer ato. [...] Com efeito, as faculdades são *dadas* (são qualidades *dadas* ao homem pela natureza); pertencem, pois, ao mundo da natureza. O direito, porém, é o *construído* (é obra do homem), e pertence, conseqüentemente, ao mundo da cultura. [...] Nenhuma faculdade humana é um direito. Nenhum direito subjetivo é faculdade. O que ao direito incumbe é *ordenar*, é colocar, uma ordem conveniente, o que é dado ao homem pela natureza. Mais precisamente, o que compete ao direito é exprimir mandamentos, permissões e proibições, ou seja, manifestar os imperativos de uma comunidade, relativamente ao *uso* das faculdades que a natureza deu ao homem. [...] Pois bem, as *permissões* para o *uso* de faculdades humanas, quando concedidas por meio de *normas jurídicas*, constituem precisamente, os *direitos subjetivos*”. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito

completamente protegida pelo ordenamento jurídico-nacional ou internacional, seja qual for o direito social consagrado em uma, em outra ou em ambas as ordens jurídicas – e pela comunidade político-estatal em que se encontra a pessoa integrada.

Ademais, não se pode olvidar o paradigma do constitucionalismo social pelo qual o conjunto de direitos sociais foi reconhecido na maior parte das Constituições democráticas.⁴⁰ Somente sob essa configuração torna-se possível a almejada igualdade material com a realização e concretização efetiva dos direitos sociais em uma relação direta e em conexão com a igualdade social, sendo que este último adjetivo pressupõe o compromisso estatal de uma ação positiva e resoluta conforme os princípios da redistribuição e da compensação.^{41 42} É por meio destes princípios onde a igualdade material encontra suas verdadeiras premissas, pois a partir deles os direitos sociais (seu conteúdo, objeto e finalidade) corrigem as possíveis desigualdades e, portanto, tornam real e efetiva a igualdade material, existindo uma distribuição igualitária das condições materiais que permitem os indivíduos viverem como cidadãos.⁴³

Em consideração aos direitos sociais como direitos fundamentais subjetivos, convém explicitar sobre a sua correspondente titularidade. Em primeiro lugar, após acenar que a sua titularidade é individual, poder-se-ia argumentar que o conjunto de direitos sociais seria de titularidade coletiva. A titularidade dos direitos sociais está justificada em razão do ser humano concreto e de suas específicas situações sociais, embora se formulem com base na desvantagem social de um grupo especial tendo em conta as condições materiais de sua existência como os idosos, as crianças, os inválidos, a família etc. e, em tal caso, necessitam para sua realização um exercício coletivo. No entanto, o titular do direito social continua sendo a pessoa individual que forma parte do grupo,⁴⁴ porém isso não significa a inexistência de restrições como aquelas impostas em função de específicas condições do titular do direito (caso dos direitos dos trabalhadores e dos direitos dos consumidores dirigidos

Subjetivo – I. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 28. p. 298, 300-302.

⁴⁰ A nova constitucionalização social ao surgir após a Segunda Guerra Mundial em países libertados de ditaduras totalitárias, insere-se em um novo modelo de Estado intervencionista, mesmo quando as novas Constituições, como a italiana de 1947, realizam uma ampla recepção normativa dos direitos sociais ao incluir inclusive um “direito ao trabalho” (artigo 4º). HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 19.

⁴¹ Michael Walzer sustenta que o princípio da (re)distribuição a ser adotado na esfera geral, que abriga segurança e bem-estar social, é a necessidade, sem espaço para julgamento de mérito, origem ou parcela de contribuição. Quando a comunidade se compromete a prover algum bem necessário, deve fornecê-lo a todos os membros que dele precisam, em proporção às necessidades. WALZER, Michael. *Esferas da justiça: uma defesa do pluralismo e da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 100.

⁴² ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis, 2005. p. 337-346.

⁴³ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 36.

⁴⁴ VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006. p. 82.

a determinado grupo de pessoas)⁴⁵ ou em decorrência de condicionamentos fáticos e jurídicos contrapostos à eficácia dos próprios direitos sociais (caso da limitação da gratuidade de prestações apenas às pessoas comprovadamente carentes).⁴⁶ De um modo geral, vigora o princípio da universalidade, de acordo com o qual, ainda mais quando se trata de direitos com forte vínculo com a dignidade da pessoa humana e com o direito à vida, todas as pessoas são, na qualidade de pessoas humanas, titulares de direitos sociais.⁴⁷

2.2 O modelo de positivação dos direitos sociais

A incorporação constitucional dos *direitos sociais* tem forma variável. De um extremo a outro, pode ocorrer tanto por meio de um preceito geral de qualificação do Estado Social (caso alemão) como pela discriminação minuciosa de espécies em uma declaração linear (caso português). A Constituição do Brasil de 1988, contudo, não se subsumiu a nenhum desses dois modelos, adotando uma sistemática peculiar ao suscitar questões importantes para a pesquisa dogmática local.⁴⁸

No interior do *catálogo jusfundamental* propriamente dito (Título II – Dos direitos e garantias fundamentais, da CRFB/1988), os direitos da tradição socialista são referidos, inicialmente, mediante uma *norma básica* ao preceituar: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte,⁴⁹ o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (art. 6º da CRFB/1988). Nesse caso, é de grande interesse notar que o enunciado normativo se desdobra em duas partes conexas: a primeira contém uma *seleção de tipos* (“são direitos sociais...”); a segunda, uma *cláusula de reserva* (“na forma desta Constituição”).⁵⁰

⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 4. p. 259.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 569.

⁴⁷ Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 569; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 416; LEMA AÑÓN, Carlos. La disputada universalidad de los derechos sociales. Entre asistencialismo y desmercantilización. In: RIBOTTA, Silvana; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI*. Un desafío clave para el derecho y la justicia. Madrid: Dykinson, 2010. p. 79-81, 97.

⁴⁸ Por *pesquisa de cunho dogmático* entendemos aqui, em alusão às lições de Tercio Sampaio Ferraz Júnior, aquela que tem por característica proceder ao estudo das instituições jurídicas com base na legalidade inscrita na Constituição, procurando sempre compreendê-las e torná-las aplicáveis “[...] dentro dos marcos da ordem vigente”. Referida característica relaciona-se com aquilo que Tercio Sampaio Ferraz Júnior denomina de “princípio da inegabilidade dos pontos de partida” ao constituir princípio informador das disciplinas dogmáticas como a ciência do Direito Civil, Processual, Constitucional, Administrativo etc. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 47-49.

⁴⁹ A Emenda Constitucional nº 90, de 15 de setembro de 2015, promoveu nova redação ao artigo 6º da Constituição Federal ao introduzir o *transporte* como direito social.

⁵⁰ Nesse mesmo sentido: MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003. p. 168-169.

A mensagem do articulado possui sentido literal insuspeito: os direitos sociais expressam propriamente de acordo com as prescrições constitucionais, eles têm natureza constitucional.⁵¹ Assim, parece legítimo admitir que a melhor interpretação indica que a norma constitucional brasileira não foi além da apresentação de um quadro geral dos vários ramos em que os *direitos sociais* se subdividem. É como dizer que, no conjunto da proposição, os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção materno-infantil e à assistência aos desamparados são mencionados como subconjuntos menores dentro do conjunto maior dos *direitos sociais*.⁵²

Não há, portanto, alusão a situações particulares de direito subjetivo, mas tão somente a grupos genéricos, no interior dos quais é possível imaginar uma grande variedade de tipos individuais entre si diferenciados. Trata-se de uma conclusão que se impõe não só em função de ter a norma constitucional expressamente colocado a medida dos direitos sociais sob a dependência de especificações contidas em disposições adicionais; além disso, por causa de uma evidência elementar: os direitos à educação, à saúde, ao trabalho e tantos outros, longe de constituírem *famílias monotípicas*, são suscetíveis de desdobramento em uma série de espécies singulares, cada qual com a sua identidade própria.⁵³

Mencione-se o exemplo do *direito ao trabalho*, em cujo universo é idealizável uma infinidade de *direitos particulares*: direito à irredutibilidade do salário (art. 7º, inciso VI), direito ao décimo terceiro salário (art. 7º, inciso VIII), direito à duração do trabalho normal (art. 7º, inciso XIII), direito ao repouso semanal (art. 7º, inciso XV), direito à remuneração extraordinária (art. 7º, inciso XVI), direito às férias anuais (art. 7º, inciso XVII), direito à maternidade (art. 7º, inciso XVIII), direito de associação profissional e sindical (art. 8º), direito de greve (art. 9º) e assim por diante numa fileira a perder de vista.⁵⁴

Assim, não é exagero sustentar que, com a interposição da *cláusula de reserva* (“na forma desta Constituição”), a própria Constituição (art. 6º) transferiu para o avançar do texto, atinente a cada um dos largos domínios listados, o problema de estabelecer, no conjunto das numerosas opções de individualização cogitáveis, o

⁵¹ LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 89.

⁵² MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003. p. 169.

⁵³ Conforme elucida Paulo Gilberto Cogo Leivas, cirurgias plásticas poderiam ser incluídas dentro do conceito de saúde, bem como cursos de idiomas estrangeiros e de computação também poderiam integrar o conceito de educação. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 107.

⁵⁴ Não é diferente o que acontece com os direitos fundamentais de matriz liberal. A *liberdade*, por exemplo, sujeita-se a ser decomposta no catálogo jusfundamental em várias projeções singulares: a liberdade de expressão (art. 5º, inciso IV), a liberdade religiosa (art. 5º, inciso VI), a liberdade de locomoção (art. 5º, inciso XV), a liberdade de reunião (art. 5º, inciso XVI), a liberdade de associação (art. 5º, inciso XVII) etc.

que exatamente foi deferido a quem como direito subjetivo, seja em quantidade, seja em forma, seja em conteúdo. É então plausível afirmar que, por si própria, a Constituição não promoveu atribuição alguma a quem quer que seja, porquanto deixou a matéria pendente de definição.⁵⁵ Segue daí algo de relevante a considerar.

Na realidade, por meio da *cláusula de reserva*, a Constituição emite uma contundente advertência: os *direitos sociais* não são imunes a delimitações; no desenvolvimento constitucional que receberem pelo caminho que leva do geral ao particular, existe margem para o deferimento de vantagens moderadas. Sem dúvida, essa constatação pode representar um duro golpe contra as visões utópicas ou quiméricas, ameaçadas de sucumbir à tentação de extrair da retórica elástica o fundamento de um *direito a tudo em qualquer circunstância*. Inevitável reconhecer, porém, que caso fosse assim, a ressalva do texto constituiria apenas uma *emenda sem nexos*, como dispensáveis seriam quaisquer adendos normativos.⁵⁶

No entanto, sob outra perspectiva, exatamente por não circunscrever os *direitos sociais* a um enunciado genérico ao admitir especificações, a Constituição brasileira também antecipa que não pretende ser meramente *programática* ou indicativa de fins gerais da ordem política ao legislador ordinário, de modo que venha fundamentar pouco mais que *direitos de prestação normativa*. Pelo contrário, a Constituição abre espaço a atribuições imediatas de bens jurídicos em sentido material, tais como créditos em dinheiro para setores de produção agrícolas, envolvendo produtores e trabalhadores rurais (art. 187) ou serviços públicos regulares (art. 175), ainda que nos limites depois ajustados.⁵⁷ Com isso, ela desautoriza também, previamente, as concepções de caráter minimalista,⁵⁸ haja vista que os direitos sociais cumprem uma função social que não pode ser ignorada.⁵⁹ A função social é um elemento essencial para o Direito e especialmente para os direitos fundamentais ao rechaçar, portanto, no dizer de Peter Häberle, uma concepção liberal e individualista dos direitos fundamentais.⁶⁰

⁵⁵ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003. p. 170.

⁵⁶ A propósito, a Constituição brasileira oferece provas evidentes de concessões com limites bem demarcados. Em matéria de educação, por exemplo, o direito ao ensino fundamental público e gratuito (art. 208, inciso I, da CRFB/1988) está assegurado incondicionalmente. A cada criança ou adulto sem o ensino básico ou fundamental pertence uma vaga em escola oficial (no plano normativo, obviamente). Entretanto, já não há, com igual extensão, um direito ao ensino superior, uma vez que o acesso aos níveis mais elevados de instrução depende das capacidades de cada um (art. 208, inciso V, da CRFB/1988). O que se garante, universalmente, é apenas a faculdade de se concorrer um lugar dentre os porventura disponíveis na rede pública ou privada.

⁵⁷ MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003. p. 170.

⁵⁸ Com efeito, quanto mais detalhista menos programática tende a ser uma Constituição, de modo que não se esgota em preceitos genéricos de natureza finalística.

⁵⁹ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Traductor Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. p. 11.

⁶⁰ HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva*

2.2.1 Os direitos sociais como cláusulas pétreas

A Constituição do Brasil de 1988 consagra autênticas posições jusfundamentais visto declarar que é inadmissível a proposta de emenda constitucional tendente a abolir “os direitos e garantias individuais” (art. 60, §4º). O alcance do dispositivo, no entanto, é duvidoso, sobretudo se estão ou não os *direitos sociais* abrangidos pela locução *direitos e garantias individuais* e, em consequência, subtraídos ou não à possibilidade de exclusão. Colocada em seus termos essenciais, essa dúvida propõe não menos do que o questionamento sobre se os *direitos sociais* são ou não verdadeiros *direitos fundamentais*.⁶¹

A resposta não pode deixar de ser afirmativa: sim, os *direitos sociais*, em todas as suas projeções singulares ao longo da Constituição, são *pétreos*⁶² e, como tais, repita-se, são *direitos fundamentais*, pois ao se empreender uma leitura sistêmica da Constituição brasileira de 1988 verifica-se uma sintonia entre todos os direitos fundamentais sejam eles de cunho individual ou social ao caracterizarem-se pela unicidade pelo sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, cuja eficácia reforçada se revela na aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais (art. 5º, §1º).⁶³

Outras razões militam em favor dessa interpretação. Em primeiro lugar, o Estado brasileiro, delineado pela Constituição de 1988, é um Estado Social e Democrático de Direito, no qual vigoram, necessariamente, direitos fundamentais sociais; sua supressão por reforma constitucional desnatura-o como Estado Social e Democrático de Direito, vulnerando a essência e a identidade da Constituição.⁶⁴ Levando-se em conta a Constituição da República Portuguesa de 1976, pode-se argumentar no mesmo sentido, pois a Constituição portuguesa teria como concepção política

de la ley. Traductor Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003. p. 11. Peter Häberle, na página 14, afirma que o conceito de função social coloca os direitos fundamentais em um sistema de relações que não admite que eles sejam interpretados exclusivamente como direitos individuais. Os direitos fundamentais estão relacionados com o conjunto social e são inseridos em um contexto que vai além do individual. A liberdade dos direitos fundamentais deve possuir caráter social, ainda que deva ser atualizada na vida social todos os dias e a cada hora, que, caso contrário, conservam-se apenas na mera liberdade formal. Para o jusfilósofo alemão, “todo o exercício de um direito fundamental é, em um sentido específico, uma atividade social”.

⁶¹ Consoante magistério de Gilmar Ferreira Mendes e de Paulo Gustavo Gonet Branco dissipa qualquer dúvida ao afirmarem eles que a locução *direitos fundamentais* é gênero de que tanto os direitos individuais como os direitos sociais são espécies. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 128.

⁶² O significado último das cláusulas pétreas (ou cláusulas de imutabilidade) está em prevenir um processo de erosão da Constituição. Em atenção à lição de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, a cláusula pétrea não existe tão somente para remediar situação de destruição da Constituição, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 123.

⁶³ BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 463.

⁶⁴ PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009. p. 108.

de justiça a indicação de um caráter compromissório entre os princípios liberal e social.⁶⁵ José Joaquim Gomes Canotilho ao discorrer sobre o princípio da democracia econômica, social e cultural como limite da revisão constitucional afirma que este constitui um princípio “[...] garantido contra a revisão constitucional”, ainda que ele não esteja previsto expressamente no artigo 288 da CRP/1976, mas das alíneas *e*, *f* e *g* deste artigo pode-se concluir que a “dimensão econômica e social do princípio democrático é um limite material de revisão”.⁶⁶ Desse modo, fica protegido o regime substantivo do princípio, sobretudo no que concerne à sua corporificação pelos direitos sociais, econômicos e culturais.⁶⁷

Além disso, com a consagração do princípio social ou princípio da socialidade,⁶⁸ ao desempenhar efetivo papel de princípio constitucional estruturante dos Estados brasileiro e português, os direitos sociais são imposições do princípio social na configuração da comunidade política; correspondem à escolha constituinte de um Estado e de uma sociedade ativamente comprometidos com a efetivação da democracia social – em outras palavras, com a igualdade material – e, nesta medida, não podem ser suprimidos por meio de revisão constitucional.

Paulo Otero chama atenção para o fato de que a Constituição portuguesa impõe ao Estado a promoção do bem-estar econômico e social e da qualidade de vida a fim de corrigir as desigualdades sociais; esta busca pela justiça social é garantida constitucionalmente também por meio de direitos fundamentais sociais, os quais vinculam a ação estatal e cuja efetivação liga-se ao grau de realização do modelo de Estado Social plasmado constitucionalmente.⁶⁹

Por último, os *direitos sociais*, conforme já expusemos em capítulos anteriores, cumprem uma decisiva função de complementação, à medida que postulam tornar reais os benefícios prometidos pelos direitos liberais e políticos formalmente proclamados. Daí formarem com estes, em conjunto, uma unidade indivisível. Assim sendo, supor que apenas são pétreos os direitos de liberdade implica admitir a possibilidade de retorno da ordem constitucional à lógica do liberalismo originário, quando é certo que, sob a inspiração das ideias de complementaridade e

⁶⁵ BRITO, Miguel Nogueira de. *A constituição constituinte: ensaio sobre o poder de revisão da constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 434.

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 345.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 345.

⁶⁸ O princípio, especificamente no campo social, pode ser reconduzido, conforme lição de J.J. Gomes Canotilho, a uma dimensão subjetiva concretizada por meio dos direitos sociais e a uma dimensão objetiva que impõe ao Estado a “transformação das estruturas econômicas” voltada à igualdade social, ou seja, o Estado deve também ser conformador na busca de “dignidade social”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 348-349.

⁶⁹ OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Editora Pedro Ferreira, 1998. v. 1, tomo 1. p. 87, 121.

indivisibilidade, justamente contra tal risco foram erguidas as barreiras do Estado Social.

A dignidade da pessoa humana fundamenta a qualificação dos direitos sociais como limites materiais implícitos à revisão constitucional. Em primeiro lugar, como explicitado no capítulo segundo da 1ª parte deste texto, a dignidade é entendida como dado prévio e indisponível para o Estado, fundamenta e limita a ordem jurídica estatal e a ação dos poderes estatais, colocando-se nesta posição não somente em relação aos poderes constituídos – incluído o poder de revisão – como em relação ao próprio poder constituinte. Em segundo lugar, a dignidade da pessoa humana se apresenta como vértice articulador e unificador do sistema de direitos fundamentais, pedra angular do Estado Constitucional, justificando a complementaridade e necessária convivência entre direitos de liberdade e direitos sociais.⁷⁰

3 O princípio da solidariedade e a eficácia horizontal dos direitos sociais

Há poucos estudos doutrinários que se devotaram ao exame da eficácia horizontal dos direitos sociais. A maior parte dentre os que examinam a questão concentra-se nos denominados direitos de liberdade (direitos individuais).

Na doutrina brasileira, Ingo Wolfgang Sarlet foi precursor de uma análise conclusiva pela eficácia horizontal direta dos direitos sociais ao aduzir com a seguinte apreciação elucidativa:

[...] importa firmar posição no sentido de que todos os direitos fundamentais (mesmo os assim denominados direitos a prestações) são, ademais, eficazes (vinculantes) no âmbito das relações entre particulares, inexistindo, em princípio, distinção entre os direitos de cunho defensivo e os direitos prestacionais [direitos sociais – nota nossa], em que pese o seu objeto diverso e a circunstância de que os direitos fundamentais do último grupo possam até vincular, na condição de obrigado, em primeira linha os órgãos estatais.⁷¹

A mesma posição favorável à eficácia direta pode ser deduzida do magistério de Gustavo Tepedino quando se referiu à elasticidade da cláusula geral da tutela da

⁷⁰ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p. 92-93; MEDEIROS, Rui. O Estado de direitos fundamentais português: alcance, limites, e desafios. Separata de: *Anuário Português de Direito Constitucional*, Coimbra, v. II, p. 42, 2002; MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra, v. 1, p. 658-664, set. 2010.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Boletim Científico da ESMPU*, Brasília, n. 16, p. 248, jul./set. 2005.

personalidade humana incidente sobre as relações entre os particulares, explicitando que esta abrange a tutela de direitos sociais, como o direito à saúde.⁷²

Diversamente é o ponto de vista de Wilson Steinmetz ao posicionar-se contra a admissão de uma eficácia horizontal dos direitos sociais na esfera privada.⁷³ Ao estribar-se na doutrina de Robert Alexy, o professor brasileiro definiu direitos sociais prestacionais como “direitos do indivíduo a algo (bem ou serviço) perante o Estado – se o indivíduo possuir meios suficientes e encontrasse no mercado oferta suficiente – poderia obter também de particulares”,⁷⁴ sob o influxo deste conceito, o autor rechaça a eficácia horizontal direta dos direitos sociais. Ademais, para Wilson Steinmetz, os direitos fundamentais sociais ao se apresentarem financeiramente onerosos exigindo opções e ações positivas, a imposição aos particulares de deveres concernentes aos direitos sociais colidiria com o princípio da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV e artigo 170, *caput*, da CRFB/1988) e, portanto, com a economia de mercado, com os direitos fundamentais de liberdade e de propriedade (artigo 5º, *caput* e inciso XXII), bem como com o princípio da autonomia privada.⁷⁵ Em seu parecer, a importância dos direitos sociais como pressupostos para o exercício da própria liberdade é argumento suficiente para impô-los como deveres ao Estado, mas não perante particulares.⁷⁶ Além disso, o autor diverge sobre o reconhecimento de uma eficácia horizontal de direitos sociais em relação a certos particulares, mesmo nos casos em que a própria Constituição brasileira faz alusão, por exemplo, à previsão constitucional de que é dever da família assegurar à criança e ao adolescente o exercício dos direitos à saúde, alimentação, educação etc. (artigo 227 da CRFB/1988), porquanto a garantia destes direitos sociais ao pressupor a disponibilidade de recursos financeiros e materiais tornaria inviável a sua exigibilidade de famílias que vivem abaixo da linha de pobreza.⁷⁷

Na doutrina portuguesa, destaca-se o pensamento de José Joaquim Gomes Canotilho que parece inclinar-se para a tese da eficácia apenas mediata ou indireta dos direitos sociais no âmbito das relações privadas; ao contrário do que sustentara quanto aos direitos de liberdade (individuais) – rotulados na ordem constitucional

⁷² TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1. p. 49.

⁷³ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 278-279. O professor brasileiro admitiu a vinculação de particulares aos direitos sociais trabalhistas (artigo 7º da CRFB/1988).

⁷⁴ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 276, 278.

⁷⁵ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 279.

⁷⁶ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 280.

⁷⁷ STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 282-283.

lusitana como *direitos, liberdades e garantias*. O expoente constitucionalista manifestou o seu pensamento sobre o tema nestes termos:

[...] A doutrina não tem dúvidas em aceitar a “eficácia horizontal” dos direitos sociais, econômicos e culturais sob as duas modalidades de “efeito mediato” ou “eficácia indireta”: (1) impondo ao legislador a “atração das normas sociais” segundo os direitos constitucionais sociais (ex.: lei sobre a dispensa de trabalho, lei sobre o estatuto do trabalhador estudante); (2) obrigando o intérprete a uma interpretação conforme as normas constitucionais sociais (ex.: o direito ao ensino básico universal, obrigatório e gratuito, obriga a interpretar as normas relativas ao sistema geral de educação pré-escolar num sentido favorável à universalidade e gratuidade desta educação).⁷⁸

Na doutrina espanhola, Juan María Bilbao Ubillos assumiu posicionamento ainda mais circunspeto ao expressar que existem alguns direitos que “[...] são invocáveis exclusivamente perante os órgãos do Estado, como o são também, em princípio, os direitos sociais”.⁷⁹

O constitucionalista colombiano, Rodolfo Arango, ao escrever sobre a possibilidade de reconhecimento de uma eficácia indireta na esfera privada, alega que apenas o Estado é obrigado em matéria de direitos fundamentais sociais e não os particulares, sendo só o juiz, não o particular favorecido pela decisão judicial, obrigado a assegurar o cumprimento do direito fundamental social lesionado.⁸⁰ O autor manifestou-se contrariamente à eficácia horizontal direta dos direitos sociais, de modo que os particulares não podem ingressar como obrigados dos direitos sociais.⁸¹ Respeitadas as exceções estabelecidas expressamente pelas próprias Constituições, deve-se entender que os deveres pertinentes aos direitos sociais recaem sobre a sociedade como um todo, devendo ser suportados pelo Estado e não por qualquer particular.⁸² Isso porque, não sendo possível conceber cada indivíduo como devedor de prestações sociais em relação a todos os outros, a eficácia direta dos direitos sociais nas relações entre particulares produziria, na opinião do autor, problemas intransponíveis quanto à forma de determinação do círculo dos obrigados e ao alcance das respectivas obrigações, em cada caso.⁸³

Esgrimidas as principais considerações no contexto do debate doutrinário, impende apresentar nosso posicionamento sobre o tema.

⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 483.

⁷⁹ 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. p. 358. Tradução nossa.

⁸⁰ ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis, 2005. p. 100-101.

⁸¹ ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis, 2005. p. 100-102.

⁸² ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis, 2005. p. 103-104.

⁸³ ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis, 2005. p. 105-107.

O texto constitucional brasileiro acena, em diversas passagens, no sentido de uma corresponsabilidade dos particulares em relação à garantia dos direitos sociais não trabalhistas.⁸⁴ Assim, no artigo 194, preceituou o constituinte que “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”.⁸⁵ E o artigo 205 da Constituição brasileira estabelece que a educação “é um direito de todos e dever do Estado e da família”, determinando que ela deve ser “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade”. Nessa mesma diretriz, o artigo 227 da Constituição brasileira atribuiu não apenas ao Estado, mas também “à família e à sociedade” o dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem que venham a usufruir dos seus direitos fundamentais (direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer etc.), não sendo diferente em relação às pessoas idosas (artigo 230 da CRFB/1988).

Além disso, em excerto mais vistoso, o texto constitucional brasileiro consagrou a eficácia horizontal direta do direito à moradia ao prever duas hipóteses de usucapião constitucional com prazos menores (artigos 183⁸⁶ e 191⁸⁷), restringindo com isso o direito individual de propriedade de terceiros em proveito de um direito fundamental social.⁸⁸

A experiência constitucional portuguesa também nos oferece exemplos em que certos direitos fundamentais sociais podem adstringir particulares a determinadas prestações ou a certos encargos, como também a possibilidade de redução de direitos.⁸⁹ Assim, em percuciente lição de Jorge Miranda, os pais têm o dever de educação e manutenção dos filhos (art. 36, n^{os} 3 e 5; art. 71, n. 2, *in fine*); as

⁸⁴ José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, ao comentar o artigo 1^o da Constituição portuguesa, ensinam que a corresponsabilidade é de todos os membros da comunidade uns com os outros, seja “[...] libertando as pessoas do medo de existência, garantindo-lhe uma dimensão social-existencial minimamente digna, abrindo-lhe a via para prestações econômicas, sociais e culturais, de forma a criar-se uma *sociedade justa*, em termos de justiça distributiva e retributiva”. CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. São Paulo: RT; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007. v. 1. p. 201. Destaques no original.

⁸⁵ Em conformidade com o escólio de Wladimir Novaes Martinez, ao pressupor diferença entre seguridade e previdência, pelo menos em termos constitucionais, esta última espécie daquela, acolhe-se também a versão consoante a qual a primeira é técnica derivada, por via de evolução, da segunda. Nesse caso, poder-se-ia adotar nomenclatura correspondente, por exemplo, Direito Securitário. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 121.

⁸⁶ Artigo 183: “Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

⁸⁷ Artigo 191: “Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”.

⁸⁸ No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: RT, 2011. v. 3. p. 692, 698-699.

⁸⁹ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional: Estado e constitucionalismo*. Constituição. Direitos fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. v. 1. p. 309.

entidades patronais estão adstritas a organizar o trabalho em condições socialmente dignificantes e de higiene, segurança e saúde (art. 59, n. 1, alíneas *b* e *c*); o direito à moradia provoca uma diminuição do conteúdo possível do direito de propriedade de casas para habitação; o direito à segurança social prevalece sobre certos direitos patrimoniais e fundamenta contribuições obrigatórias das entidades patronais em favor dos trabalhadores assalariados; e da Constituição portuguesa decorrem períodos de dispensa de trabalho a que têm direito os dirigentes sindicais, os trabalhadores estudantes, as mães e os pais (art. 55, n. 6; art. 59, n. 2, alínea *b*, e art. 68, n. 2).⁹⁰

As maiores dificuldades para um reconhecimento de uma eficácia horizontal imediata ou direta dos direitos sociais referem-se à sua dimensão prestacional. Em que circunstâncias pode alguém, por exemplo, exigir que um particular lhe custeie um tratamento de saúde ou lhe proporcione o acesso à educação? Esta é uma questão complexa, tanto que o senso comum, num primeiro instante, induz-nos a inclinar para uma resposta negativa quanto à vinculação dos particulares à dimensão prestacional dos direitos sociais.⁹¹

Há um elemento fático que deve ser devidamente ponderado. Outrora, não era competência do Estado prover o bem-estar dos mais pobres. Esta função era desempenhada por instituições da própria sociedade, como as igrejas, os orfanatos, asilos etc., a partir da ótica da caridade.⁹² Todavia, a partir do advento do Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*), passou-se a entender que a garantia de condições básicas de vida não era uma questão de caridade, mas de Direito. Esta nova concepção importou na assunção, pelo Estado, do dever primário de assegurar condições mínimas de vida para todos por meio dos direitos sociais.⁹³

A ideia é de que a contribuição devida por cada um para o bem-estar dos excluídos é assegurada mediante o pagamento de tributos ao Estado, os quais devem ser graduados conforme a capacidade contributiva dos pagantes: aqueles que mais têm devem dar uma contribuição maior para o monte. Ao pagar seus tributos, o cidadão ou a empresa ficam completamente desobrigados de sua responsabilidade quanto aos direitos sociais das outras pessoas. A realização dos direitos sociais torna-se uma incumbência essencialmente do Estado Social.⁹⁴

⁹⁰ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional: Estado e constitucionalismo*. Constituição. Direitos fundamentais. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. v. 1. p. 309-310.

⁹¹ Wilson Steinmetz não suscita dúvidas ao afirmar que “[...] os particulares não estão obrigados, ante o direito fundamental social à saúde, a criar hospitais e postos de ambulatórios de saúde nem a pagar tratamentos médicos para outros particulares”. STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 279.

⁹² SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 294.

⁹³ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 100.

⁹⁴ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 137.

Todavia, este modelo é desmedidamente imperfeito. Há inúmeras razões que justificam a concepção de que, ao lado do dever primário do Estado em garantir os direitos sociais, é possível também visualizar um dever secundário da sociedade de promovê-los. Em primeiro lugar, as relações interprivadas, ao se desenvolverem sob o esteio 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.⁹⁵ Além disso, ante a crise de financiamento do *Welfare State* ao impedir que este venha atender a todas as demandas sociais relevantes,⁹⁶ é importante encontrar outros corresponsáveis que, sem exclusão da obrigação primária do Estado, possam contribuir para amenizar o dramático cenário de miséria hoje existente, assumindo tarefas relacionadas à garantia de condições mínimas para os excluídos, não por ações eventuais, éticas ou caridosas, mas no cumprimento de deveres juridicamente exigíveis.⁹⁷

Assim, é possível afirmar que, quando a Constituição estabelece como um dos objetivos fundamentais da República brasileira “construir uma sociedade justa, livre e solidária”, ela não está apenas enunciando uma diretriz política desprovida de qualquer eficácia normativa.⁹⁸ Pelo contrário, ela expressa um princípio jurídico que, apesar de sua abertura e indeterminação semântica, é dotado de algum grau de eficácia imediata e que pode atuar, no mínimo, como vetor interpretativo da ordem jurídica como um todo.⁹⁹

Como valor superior, a solidariedade incide na organização jurídica da sociedade, que aqui nos interessa, como fundamento dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais, e também funciona como critério de interpretação destes direitos. Participa das características gerais da cultura jurídica e política em que faz despontar os direitos fundamentais, os quais também a impulsiona, potenciando o interesse pelos demais, com o reconhecimento do outro como *próximo* por integrar a nossa própria comunidade. Por isso, a solidariedade é incompatível com sistemas

⁹⁵ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 137-138.

⁹⁶ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 100.

⁹⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 138.

⁹⁸ Igualmente a Constituição da República Portuguesa no seu artigo 1º traz similar redação que serviu de paradigma para o constituinte brasileiro na elaboração dos artigos 1º e 3º da Constituição brasileira de 1988. O artigo 1º da Constituição portuguesa apresenta a seguinte dicção: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma *sociedade livre, justa e solidária*”. Os grifos são nossos.

⁹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 136-138.

fechados, com concepções totalitaristas e excludentes, realizando-se em um âmbito de tolerância e pluralismo.¹⁰⁰

A ideia de solidariedade possui raízes antigas, na teologia cristã e na ética estoica. Entretanto, a cristalização definitiva da solidariedade se produzirá a partir do século XIX e foi favorecida pelo processo da generalização dos direitos fundamentais, como luta pelo reconhecimento do sufrágio universal e do direito de associação ao engendrar a progressiva incorporação da classe trabalhadora às instituições políticas do Estado. É nesse interlúdio que se observa a passagem de cariz moral da solidariedade para o conceito jurídico, que situa o problema na esfera de uma sociedade política, do Estado e do Direito, sem prejuízo de sua origem ética ou religiosa.¹⁰¹ Assim, a solidariedade, de virtude ética desprovida de dimensão jurídica, passará à condição de um dos fundamentos dos direitos fundamentais, especialmente após a superação da sua leitura liberal-burguesa com o advento do Estado do Bem-Estar.

A construção de uma sociedade solidária, tal como projetada pelo constituinte brasileiro, pressupõe o abandono do egocentrismo, do individualismo possessivo e a assunção, por cada um, de responsabilidades sociais em relação à comunidade e, de modo especial, em relação àqueles que se encontrarem numa situação de maior vulnerabilidade. É evidente que o Direito não tem como adentrar na psiquê das pessoas a fim de impor-lhes as virtudes da generosidade e do altruísmo. Seria absurdo caso o Direito pudesse ditar sentimentos. Contudo, se o Direito não pode obrigar ninguém a pensar ou a sentir de determinada forma, ele pode, ao menos, condicionar o comportamento externo dos agentes, vinculando-os a obrigações jurídicas.¹⁰²

A partir da ideia de humanidade, uma das chaves da solidariedade, pode-se defender o ímpeto real da convicção de que todos os seres humanos devem estar em igualdade na distribuição de direitos e deveres básicos por intermédio, por exemplo, do que se chama direito ao desenvolvimento, que não constitui um autêntico direito, mas uma consequência da aplicação do valor solidariedade para o impulso e a promoção da generalização dos direitos.¹⁰³ Além do mais, a solidariedade garante plenamente a dignidade em todas as circunstâncias da vida.¹⁰⁴

No campo do desenvolvimento de atividades que conduzam à efetivação de direitos sociais, a Constituição pressupõe ou faz apelo à colaboração, à

¹⁰⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 178.

¹⁰¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 174-175.

¹⁰² Nesse sentido: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 297.

¹⁰³ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004. p. 180.

¹⁰⁴ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 1. p. 90.

complementaridade e até à competitividade que pode vir de entidades da sociedade civil, cuja iniciativa constitui uma manifestação da sociedade solidária que se pretende atingir.¹⁰⁵ João Carlos Loureiro aclama isso de *princípio da fraternidade*, que envolve não só o Estado, mas também as entidades da sociedade civil ao abranger, sobretudo, entidades privadas.¹⁰⁶

José Casalta Nabais identifica, dentro do âmbito da solidariedade, o que ele designa de solidariedade vertical e solidariedade horizontal. Naquela, segundo este autor, a solidariedade ou a responsabilidade dos destinos da comunidade social está sob o encargo do Estado com vistas à realização dos direitos sociais. O Estado, na sua configuração de Estado Social, não pode deixar de garantir a cada um dos membros da sua comunidade um adequado nível de realização dos direitos à saúde, à educação, à moradia, à segurança social etc.¹⁰⁷ Por sua vez, a solidariedade horizontal ou solidariedade fraterna, ao compreender os deveres fundamentais ou constitucionais do Estado, como destinatário direto, não pode deixar de concretizar legislativamente os direitos sociais e, de outro lado, têm-se os deveres de solidariedade que cabem à sociedade civil, a qual é entendida em contraposição à sociedade estatal ou política, como a esfera de relações entre os indivíduos, entre os grupos e entre as classes sociais que se mobilizam para a realização ou satisfação dos direitos sociais, uma vez que a atuação estatal não está em condições de satisfazê-los.¹⁰⁸

Jorge Miranda e Rui Medeiros ao interpretarem o artigo 1º da Constituição da República Portuguesa¹⁰⁹ averbam que este artigo conclui com uma referência à construção de uma “sociedade livre, justa e solidária”. Segundo eles, o artigo apela para o sentido de solidariedade, sendo nesta a chave para efetivar a liberdade pessoal e a justiça social que dão conteúdo à dignidade, de modo que a sociedade deva ser vista como uma constelação de “redes de solidariedade” onde a pessoa integralmente se realize.¹¹⁰

Construir uma sociedade justa e igualitária constitui um dever do Estado, mas é também uma obrigação que recai sobre toda a sociedade e sobre cada um dos seus integrantes, na proporção das respectivas possibilidades. Entretanto, conforme lição de Daniel Sarmento, trata-se de uma responsabilidade cujos contornos e limites

¹⁰⁵ Nesse mesmo sentido: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 4. p. 479.

¹⁰⁶ LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 26-27.

¹⁰⁷ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 137.

¹⁰⁸ NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 138-140.

¹⁰⁹ Artigo 1º: Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. v. 1. p. 90.

devem ser delineados de forma cuidadosa, para que não seja excessivamente comprometida a liberdade dos agentes privados, essencial para a dignidade da pessoa humana e para a edificação de uma sociedade verdadeiramente democrática.¹¹¹

Em princípio, a harmonização entre os deveres de solidariedade e o espaço de liberdade dos particulares é tarefa para o legislador, como instância democraticamente legitimada para proceder a complexas ponderações de interesse, envolvendo valores tão abstratos e incorpóreos. O legislador não apenas possui a faculdade, mas em certos casos está constitucionalmente obrigado a editar normas que imponham aos agentes privados alguns deveres sociais. Neste sentido, justifica-se a produção legislativa ao garantir, por exemplo, a gratuidade dos transportes de massa a pessoas idosas e aquelas com necessidades especiais (como a dificuldade de locomover-se sozinha) de baixa renda, impondo regras para os reajustes nos planos de saúde em favor da pessoa idosa, obrigando os bancos privados a destinarem uma parcela dos recursos que captarem a programas de financiamento de habitação popular etc.

O dever de garantir os direitos sociais não é só do Estado, mas também dos agentes privados, não constituindo como única obrigação destes o pagamento de tributos, pois a ordem de valores sobre o que se assenta a Constituição requer a participação de todos para o alcance de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a necessidade de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, incisos I e III da CRFB/1988).¹¹²

Os direitos sociais devem também influenciar decisivamente a interpretação e a aplicação das normas jurídicas infraconstitucionais incidentes sobre as relações privadas. Um exemplo profícuo deste fenômeno vem ocorrendo em relação à Lei nº 8.009/90,¹¹³ que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. A partir de uma interpretação ampliativa do conceito de entidade familiar, previsto no artigo 1º da referida lei,¹¹⁴ a jurisprudência mais criativa e sintonizada com os direitos fundamentais da pessoa humana vem estendendo a proteção jurídica para núcleos de pessoas não ligadas por laços de casamento ou consanguinidade, inclusive para devedores que vivem sozinhos em suas residências, diante da necessidade

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 297.

¹¹² Nesse sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 136-137; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 298.

¹¹³ BRASIL. Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 30 mar. 1990. Seção 1, p. 6285.

¹¹⁴ O artigo 1º da Lei nº 8.009/1990 dispõe: "o imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei".

de tutela do direito fundamental à moradia.¹¹⁵ Nesse sentido, o acórdão proferido por unanimidade pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Especial (RESP) nº 182.223-SP, cujo relator foi o Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

RESP – CIVIL – IMÓVEL – IMPENHORABILIDADE. A Lei 8.009/90, artigo 1º precisa ser interpretada consoante o sentido social do texto. Estabelece limitação à regra draconiana de o patrimônio do devedor responder por suas obrigações patrimoniais. O incentivo à casa própria busca proteger as pessoas, garantindo-lhes o lugar para morar. Família, no contexto, significa instituição social de pessoas que se agrupam, normalmente por laços de casamento, união estável ou descendência. Não se olvidem, ainda os ascendentes. Seja o parentesco civil, ou natural. Compreende ainda a família substitutiva. Nessa linha, conservada a teleologia da norma, o solteiro deve receber o mesmo tratamento. Também o celibatário é digno dessa proteção. E mais. Também o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, e, como normalmente acontece, passem a residir em outras casas. *Data venia*, a Lei 8.009/90 não está dirigida a número de pessoas. Ao contrário – à pessoa. Solteira, casada, viúva, desquitada, divorciada, pouco importa. O sentido social da norma busca garantir um teto para cada pessoa. Só essa finalidade, *data venia*, põe sobre a mesa a exata extensão da lei. Caso contrário, sacrificar-se-á a interpretação teleológica para prevalecer a insuficiente interpretação literal.¹¹⁶

No âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF), o tema ainda não constitui matéria pacífica, visto existir decisão que reconhece a compatibilidade de penhora do único imóvel do fiador em contratos de locação com a salvaguarda do direito à moradia.¹¹⁷ As críticas que se podem tecer à decisão no Recurso Extraordinário (RE) nº 407.688-SP foram em boa parte formuladas nos votos divergentes, onde

¹¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 404-405; SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: RT, 2011. v. 3. p. 719-720.

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 182.223-SP. Reclamante: Benedito Guimarães da Silva. Reclamado: Iracema Sanguim. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgado em 19 de agosto de 1999. Acórdão publicado no Diário da Justiça em 20 de setembro de 1999. Íntegra do acórdão disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 7 jul. 2014. Destaques no original.

¹¹⁷ Trata-se da posição que foi sustentada, naquela quadra, pelo Ministro do STF Cezar Peluso, que atuou como relator no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 407.688/SP, julgado em 14.02.2006 e publicado no Diário da Justiça em 06.10.2006. Cuida-se de *leading case* sobre a matéria que, como já frisado, considera legítima a exceção legal permissiva de penhora do imóvel do fiador (artigo 3º da Lei 8.009/1990), voluntariamente dada em garantia, sob o argumento de que ao legislador é assegurada ampla liberdade no tocante à eleição do modo de efetivar o direito à moradia e que a falta de segurança dos contratos de locação, acarretada pela impossibilidade da penhora, desestimula os investimentos na construção civil, reduzindo a oferta de imóveis e dificultando o acesso à moradia para grandes segmentos da população.

se apontou para a violação da dignidade da pessoa humana e ainda quebra de isonomia em relação à situação do devedor principal, além da problemática, que não foi demonstrada, utilização de critérios baseados em supostas evidências do mercado imobiliário.¹¹⁸

Como os demais direitos fundamentais, o direito social à moradia abarca um complexo de posições jurídicas objetivas e subjetivas, de natureza negativa (direito de defesa) e positiva (direitos a prestações). Na condição de direito de defesa (negativo), o direito à moradia impede que a pessoa seja privada arbitrariamente e sem alternativas de uma moradia digna, por ato do Estado ou de outros particulares.¹¹⁹ Por sua vez, quanto à efetivação da dimensão prestacional do direito à moradia este abrange prestações fáticas e normativas que se traduzem em medidas de proteção e de caráter organizatório e procedimental.¹²⁰ Um bom exemplo disso é o assim chamado *Estatuto da Cidade* (Lei 10.257, de 10.07.2001), que representou uma resposta do legislador ao dever (prestação) de legislar nessa matéria, com fundamento na Constituição Federal do Brasil.¹²¹ Nas relações entre particulares, onde o direito à moradia, notadamente na sua dimensão defensiva, alcança também eficácia e vinculatividade.¹²² Também é possível qualquer pessoa, em homenagem ao princípio da universalidade dos direitos fundamentais, com base nas normas constitucionais ao lhe assegurar este direito, exigir do poder público e eventualmente até mesmo de um particular alguma prestação material que venha a lhe garantir uma moradia compatível com as exigências de uma vida digna.

No caso brasileiro, a facilitação da aquisição da propriedade, como já mencionado, pelo usucapião, notadamente a partir da Constituição brasileira de 1988, mediante a prova da posse exercida de forma mansa e pacífica, por um período de

¹¹⁸ Naquela oportunidade, em decisão monocrática, o Ministro do STF, Carlos Ayres Brito, na Questão de Ordem na Medida Cautelar na Ação Cautelar nº 2.597/DF, apreciada em 27.03.2012, publicada no Diário da Justiça Eletrônico em 28.06.2012, deferiu liminar atribuindo efeito suspensivo a Recurso Extraordinário interposto em sede de embargos à execução, para afirmar a impenhorabilidade do imóvel dos recorrentes, dado em hipoteca como garantia pelo pagamento de débitos resultantes de negócios comerciais – hipótese que seria diversa, portanto, da jurisprudência firmada pela penhorabilidade do imóvel residencial do fiador, dado em garantia de contrato de locação residencial.

¹¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: RT, 2011. v. 3. p. 703; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014. p. 603.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: RT, 2011. v. 3. p. 724-725.

¹²¹ Artigo 182 da CRFB/1988 ao dispor *expressis verbis*: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

¹²² SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: RT, 2011. v. 3. p. 717.

cinco anos, desde que demonstrada a utilização (entre outros requisitos) do imóvel para moradia própria e da família, revela, conforme já lembrado alhures, que a moradia atua como fundamento da aquisição da propriedade perante outros particulares (no caso, aquele em nome de quem está registrado o imóvel), indicando, de certo modo, ser possível sustentar uma eficácia nas relações entre particulares da dimensão prestacional do direito à moradia.¹²³

Na esteira do magistério de Daniel Sarmento, é inevitável verificar o grau de eficácia do direito social em causa, no seu contexto mais típico, que é o das relações entre cidadão e Estado. Isso porque, se o poder público é o responsável primário pelos direitos sociais prestacionais, não se poderia obrigar um particular, nesta matéria, a assumir um ônus que não pesa nem mesmo sobre o Estado. Exemplificando, se nem o Estado tem o dever jurídico de encontrar vagas no mercado empregatício para todos, jamais seria possível para um particular desempregado obter, com base no direito fundamental ao trabalho (artigo 6º da CRFB/1988; artigo 58 da CRP/1976), uma decisão judicial que obrigasse uma empresa privada a contratá-lo.¹²⁴

Recorrendo-se ao Direito comparado, especialmente o da Espanha, um dos países que mais avançou na proteção dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o Tribunal Constitucional espanhol, na Sentença 129/1989, rejeitou a possibilidade de se reconhecer, a partir da Constituição, um direito subjetivo à educação, invocável no âmbito das relações interprivadas. No caso, examinado em sede de *Recurso de Amparo*, dois empregados, que trabalhavam no turno da noite em hospital, insurgiram-se contra a mudança no seu horário de trabalho, prejudicando a possibilidade de continuarem a cursar a universidade em que estavam matriculados.¹²⁵ O Tribunal Constitucional rejeitou o *amparo* ao aduzir que não poderia obrigar um empregador a satisfazer a pretensão dos seus empregados à compatibilização do horário de trabalho com a frequência a uma unidade de ensino porque sustentar o contrário isso equivaleria a

[...] transferir para o empregador o dever prestacional do direito à educação, que recai somente sobre os poderes públicos, e tornar responsável aquele [empregador – nota nossa] do dever positivo de garantir a efetividade do direito fundamental, que só a estes [poderes públicos – nota nossa] corresponde, convertendo, enfim, o direito fundamental à

¹²³ No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: RT, 2011. v. 3. p. 725.

¹²⁴ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 301-302.

¹²⁵ 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. p. 836-838.

educação em uma imprevisível cláusula justificativa do descumprimento por parte do trabalhador de suas obrigações laborais [...].¹²⁶

Por seu turno, quando a jurisprudência brasileira reconhece, em alguma medida, a eficácia horizontal direta dos direitos sociais prestacionais, isso representa um grande avanço. Contudo, Ingo Wolfgang Sarlet vê a necessidade de estabelecimento de *standard* para esta vinculação.¹²⁷ Nesse sentido, entendemos que, além da autonomia privada e de considerações sobre a desigualdade material entre as partes, outros fatores também devem adentrar na ponderação necessária ao reconhecimento da vinculação de um particular a um direito social prestacional, dentro de um caso concreto. Portanto, constitui uma ponderação ainda mais complexa em relação à que foi realizada para a solução de controvérsias envolvendo a eficácia dos direitos individuais de defesa na esfera privada.¹²⁸

O fato de se reconhecer, para Daniel Sarmento, a dimensão do impacto econômico para o particular constitui um dos dados da ponderação, pois a incidência dos direitos fundamentais sociais na esfera privada não pode implicar restrições desproporcionais à esfera subjetiva de quem quer que seja.¹²⁹ Mesmo quando se tratar de uma entidade privada rica e poderosa, o dado em questão será relevante, porquanto, quase sempre, o custo da prestação poderá ser repassado a outros particulares, tão ou mais vulneráveis do que o titular do direito social supostamente lesado; se uma empresa de plano de saúde fosse obrigada, por exemplo, a tratar gratuitamente de todos os seus clientes a partir de determinada idade, isso inevitavelmente encareceria as mensalidades pagas pelos demais consumidores, certamente alguns mais necessitados que os beneficiados pela medida.¹³⁰

Logo, as soluções devem-se orientar em cada caso mediante senso evolutivo, explicitação lúcida dos fundamentos em sintonia com os objetivos precípuos do Estado Social e Democrático de Direito ao se pautar pela interpretação

¹²⁶ ESPANHA. Tribunal Constitucional da Espanha. Sentença 129/1989, de 17 de julho de 1989. Ementa: Contra Sentença do Tribunal Central do Trabalho nos autos sobre reclamação por violação do direito fundamental à educação. Publicado no Boletim Oficial do Estado (BOE) n. 189, em 9 ago. 1989. Disponível em: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1335#complete_resolucion>. Acesso em: 18 mar. 2014. A tradução do excerto da sentença é nossa.

¹²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 386-388.

¹²⁸ Em sintonia com esse raciocínio: SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 305.

¹²⁹ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 306.

¹³⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 306.

tópico-sistemática como processo hermenêutico por excelência, de modo de que venha a assegurar a justa segurança das relações jurídicas.¹³¹

Ademais, constata-se que a eficácia horizontal dos direitos sociais tem muito a ver com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, haja vista ser consequência desta. Com a eficácia horizontal e a dimensão objetiva (força irradiante dos direitos fundamentais), toda a legislação infraconstitucional, sobretudo aquela que disciplina as relações entre particulares, deve ser interpretada sob a ótica dos direitos fundamentais.

4 A aplicação da solidariedade para a garantia do direito fundamental à previdência social

A previdência social é situada como tradicional mecanismo de proteção perante as adversidades da vida. A previdência social, no direito positivo brasileiro, é fixada como subsistema ou componente da seguridade social, haja vista a previsão expressa no artigo 194 da Constituição no Título VIII (da ordem social), no capítulo II (da seguridade social). Da mesma forma, acha-se expressamente indicada como típico direito fundamental social, é dizer, direito de segunda dimensão,¹³² no rol de direitos consignados no artigo 6º da Constituição brasileira, geograficamente localizado dentro do Título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Segundo preleção de Wagner Balera, uma adequada compreensão dos direitos sociais, não sendo possível olvidar a noção de bem comum, é fundamental que se aceite – também como prévia – a noção de solidariedade.¹³³

A previdência social é forma de proteção social que tem por finalidade assegurar a manutenção dos beneficiários (segurados e dependentes)¹³⁴ quando os

¹³¹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 75-76, 290. Na página 82, Juarez Freitas elucida que a interpretação sistemática deve ser entendida “[...] como uma operação que consiste em atribuir, topicamente, a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas estritas (ou regras) e aos valores jurídicos, hierarquizáveis num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias em sentido amplo, tendo em vista bem solucionar os casos sob apreciação”.

¹³² Invoca-se tal questão na esteira do pensamento de Antônio Augusto Cançado Trindade, porquanto entre as distintas categorias de direitos, sejam individuais ou sociais, só pode haver complementaridade e não antinomia, o que revela a artificialidade da noção simplista da chamada terceira geração de direitos fundamentais: os chamados direitos de solidariedade, historicamente mais recentes, em nosso entender, interagem com os direitos individuais e sociais, e não os substituem, distintamente do que a invocação inadequada da imagem do suceder das gerações pretenderia ou pareceria insinuar. As propostas categoriais de direitos (individuais e sociais), complementares e não concorrentes, podem ser apropriadamente examinadas à luz da unidade fundamental da concepção de direitos humanos. Tal unidade conceitual – e indivisibilidade – dos direitos fundamentais, todos são inerentes à pessoa humana, na qual encontram seu ponto último de convergência. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 41.

¹³³ BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 20.

¹³⁴ Segundo lição de Miguel Horvath Júnior, os *segurados* são as pessoas que mantêm vínculo com a previdência social ao originar direitos e deveres. Os direitos são representados pela entrega da prestação previdenciária sempre que constatada a ocorrência do risco/contingência social protegida, enquanto os deveres são

riscos e contingências sociais^{135 136} cobertas ocorrerem. Previdência vem do latim *pre videre*, que significa ver com antecipação as contingências sociais e preparar-se para enfrentá-las.¹³⁷

Wladimir Novaes Martinez pontifica que a *solidariedade*, como princípio de Direito Previdenciário, pode ser conceituada como “a transferência de meios de uma fração para outra, dentro de conjunto de pessoas situadas com recursos desnivelados ou não”.¹³⁸ Em homenagem ao princípio da solidariedade social, todos participam (Estado, sociedade e o indivíduo) com responsabilidade conjunta e de coincidência de interesses para a unidade e funcionamento do sistema de seguridade social (saúde, previdência e assistência social); assim, existe cooperação da maioria em favor da minoria, da totalidade em direção à individualidade. Socialmente considerada, é ajuda marcadamente anônima, traduzindo mútuo auxílio, mesmo obrigatório dos indivíduos. A solidariedade é caracterizada por ações de cooperação eminentemente espontâneas e ações de cooperação forçada, resultantes da coerção estatal.¹³⁹

Miguel Horvath Júnior, no sentido precedente, afirma que a *solidariedade social* se caracteriza pela contribuição do universo dos protegidos em benefício da minoria.¹⁴⁰ O sistema protetivo visa a amparar necessidades sociais que acarretem a perda ou a redução dos recursos, bem como situações que provoquem elevação de gastos. No momento da contribuição é a sociedade quem contribui, no momento da percepção da prestação é o indivíduo quem usufrui. Daí vem o pacto de gerações ou princípio da solidariedade entre gerações, visto que os não necessitados de hoje, contribuintes, serão os necessitados de amanhã, custeados por novos não necessitados que surgem.¹⁴¹

Logo, a previdência social se fulcra no princípio da solidariedade, o qual envolve, no processo de desenvolvimento, não apenas o Estado e suas instituições, mas

expressos pela obrigação de pagamento das contribuições previdenciárias. Já os *dependentes* previdenciários são aqueles que mantêm vínculo de dependência jurídico e/ou econômico com os segurados da previdência social. HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 203.

¹³⁵ A previdência social tem como objetivo a proteção dos eventos previstos no artigo 201 da Constituição brasileira, a saber: doença, invalidez, morte, idade, reclusão, proteção à maternidade, proteção contra desemprego involuntário, encargos familiares e acidente de trabalho.

¹³⁶ Pertinente a distinção esboçada por Wladimir Novaes Martinez entre risco e contingência. Para ele, *risco* “[...] é a probabilidade de ocorrência de determinado fato previsível (eclipse da lua) ou não, relativo a acontecimento usualmente incerto, futuro (à frente do observador), traumático (produzindo efeitos sopesados pela técnica considerada), independentemente da vontade do agente”. Já a *contingência* “é fato previsível, realizável ou realizado, isto é, acontecimento individual ou social concebido antecipadamente”. Exemplos de risco temos a invalidez, a doença etc., enquanto exemplos de contingência temos a idade avançada, o tempo de serviço etc. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 230-232.

¹³⁷ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 124.

¹³⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 333.

¹³⁹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 121.

¹⁴⁰ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 93.

¹⁴¹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 93.

também as instituições privadas e cada membro da comunidade social.¹⁴² Assim, todos os esquemas de proteção social¹⁴³ somente terão razão de ser se estiverem referidos a esse ideal de solidariedade.¹⁴⁴ Além disso, quando a seguridade social exprimir a combinação da igualdade com a solidariedade e proporcionar equivalente quantidade de saúde, de previdência social e de assistência a todos quantos necessitem de proteção, poder-se-á dizer desse momento histórico que o bem-estar e a justiça social estão concretizados.¹⁴⁵

Cumpre destacar que o campo da proteção social é o campo da solidariedade social, tendo como finalidade a constituição de um acesso mais igualitário aos recursos coletivos. Institui, pois, valores comuns que possam reunir os indivíduos para além de suas diferenças. Esse é um desafio do Estado, mas não apenas dele. Recusar a exclusão social é um desafio que demanda a abertura de um processo contínuo de negociação, onde os diferentes atores privados e/ou públicos estejam presentes em torno dos objetivos da estabilidade, segurança e justiça ao reforçar o sentimento dos indivíduos de pertencimento à sociedade.¹⁴⁶

Para além da responsabilidade própria, ou seja, a vinculação de particulares ao dever fundamental que lhes incumbem, por exemplo, aos pais de educarem e manterem os filhos, não pode significar, portanto, a assunção pelo Estado de tais tarefas, de modo que aqui a ideia de dignidade resulta na(s) exigência(s) de responsabilidade(s) própria(s) do(s) indivíduo(s) no campo da segurança social;¹⁴⁷ a dignidade da pessoa aponta para um feixe de responsabilidades dos outros seres humanos e também institucionais ao estruturar, paulatinamente, o Direito e no qual a solidariedade é dimensão relevante, parte integrante da *imagem do homem* que subsiste, apesar da crescente fragmentariedade e pluralidade do mundo. É, portanto, expressão de uma exigência de cuidado fundamental do outro que, na nossa matriz judaico-cristã, reconhece-se na interpelante pergunta de Deus a Caim.¹⁴⁸ Cuidado que

¹⁴² HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 94, 157.

¹⁴³ A proteção quer dizer prevenção, cuidado, defesa, atuação conducente a evitar danos à pessoa, mas também o atendimento de necessidades de variada gama. Proteção social é soma comunitariamente conjugada de ações pessoais, anônimas ou identificadas, solidárias e sistematizadas. Ela pressupõe a necessidade individual ou social, isto é, a existência de indivíduos (segurados, atendidos ou assistidos, enfim, os beneficiários) e de condições previamente especificados (risco, contingência e sinistro), dependentes da cooperação. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 294-295.

¹⁴⁴ BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 21.

¹⁴⁵ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Seguridade social: um sistema constitucional de proteção e de justiça social. *Revista Direito Público*, Brasília, ano VII, n. 31, p. 120, jan./fev. 2010.

¹⁴⁶ Nesse sentido: JACCOUD, Luciana. *Pobres, pobreza e cidadania: os desafios recentes da proteção social*. Brasília, DF: IPEA, 2009. p. 22.

¹⁴⁷ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Constituição da segurança social: sujeitos, prestações e princípios. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXIV, p. 193-194, 2008.

¹⁴⁸ Gênesis capítulo 4, versículo 9: “Disse o Senhor a Caim: Onde está Abel, teu irmão?”, a que Caim retorquiu: “Não sei: acaso sou eu tutor de meu irmão?” BÍBLIA. Português. *A Bíblia sagrada: Antigo e Novo Testamento*. Tradução de João Ferreira de Almeida. Brasília: Sociedade Bíblica do Brasil, 1969. Edição Revista e Atualizada no Brasil. p. 10.

historicamente conheceu formas de menorização paternalista do outro, mas que, na textura do tempo hodierno, exige o respeito pela dignidade humana, apontado para a consideração da autonomia possível, sob pena de o manto protetor se degradar em instrumentalização assistencialista. Cuidado que, para além do plano relacional de base (micro), tem expressão em instituições de cooperação que permitem o “desenvolvimento dos homens por meio dos outros homens”,¹⁴⁹ em que o Estado, nas suas ameaçadas vestes sociais, assume um papel mediano (moderado), e se projetam estruturas macro ao transcender as fronteiras, quer em termos supranacionais, quer mundiais.¹⁵⁰

Os direitos sociais, sendo a previdência social em particular, ocupam lugar de relevo como instrumentos de garantia da liberdade real, da vida ordenada e da democracia. O seguro social é meio capaz de materializar a necessária e possível integração entre a liberdade e igualdade. Ademais, cumpre observar que a previdência social desempenha sua função protetora em superioridade perante os demais mecanismos protetivos, pois a cotização forçada aqui tem sistemática própria e estritamente vinculada ao equilíbrio financeiro e atuarial levando em conta o alcance da vida digna ante as limitações econômicas inerentes ao Estado Social.¹⁵¹ Não se deve esquecer que o Estado Social é apenas o meio, do qual se servem os cidadãos, para organizar a sua solidariedade.¹⁵²

O Direito Previdenciário, sob a designação genérica de *seguridade social*, conforme leciona Wagner Balera, “estuda o inventário de mecanismos de proteção social com que conta o aparato normativo a fim de, modeladoramente no mundo fenomênico, superar certas questões sociais”.¹⁵³

No sistema jurídico-constitucional brasileiro, a justiça social é o fim da ordem social e quer ser manifestação da equânime distribuição dos benefícios sociais para quantos deles necessitem.¹⁵⁴ Além disso, a *seguridade social* é o modelo protetivo que se destina a institucionalizar os seus preceitos.¹⁵⁵ A seguridade social brasileira possui, pois, duas vias de acesso à solução dos problemas sociais: a via *previdenciária* (seguro social) e a via *assistencial* (composta por dois instrumentos de atuação: o sistema de saúde e o sistema de assistência social).¹⁵⁶

¹⁴⁹ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Constituição da segurança social: sujeitos, prestações e princípios. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXIV, p. 195, 2008.

¹⁵⁰ LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Constituição da segurança social: sujeitos, prestações e princípios. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXIV, p. 195, 2008.

¹⁵¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. A previdência social como direito fundamental. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 1062.

¹⁵² LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Constituição da segurança social: sujeitos, prestações e princípios. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXIV, p. 196, 2008.

¹⁵³ BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 28.

¹⁵⁴ BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 36.

¹⁵⁵ CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Seguridade social: um sistema constitucional de proteção e de justiça social. *Revista Direito Público*, Brasília, ano VII, n. 31, p. 120, jan./fev. 2010.

¹⁵⁶ BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004. p. 72.

A garantia necessária da vida digna é um ônus social, já que a dignidade da pessoa humana é também um dever de todos para com todos. A dignidade da pessoa humana não é somente uma prerrogativa dos particulares perante o Estado, mas também um dever daqueles para com o próximo mediante *redes de solidariedade*, conforme indicado por Jorge Miranda e Rui Medeiros. As indiscutíveis vantagens trazidas pelo reconhecimento da primazia e inviolabilidade da pessoa humana, conquistada a muito custo, trazem também pesados encargos, entre os quais, a cotização forçada para a manutenção da malha protetiva. Daí justifica-se a exação coercitivamente aplicada pelo Estado para fins de garantia da vida digna, impondo não só contribuições compulsórias à sociedade, mas também o ingresso forçado no sistema protetivo.

Uma efetiva guarida à dignidade da pessoa humana impõe a aceitação dos encargos daí derivados, como a necessidade de amparo aos necessitados e a todos aqueles que sucumbem aos revezes da vida. Exige do corpo social e econômico (atores privados – pessoas físicas e jurídicas) os meios necessários à manutenção de um padrão mínimo de vida, mesmo para aqueles que não demonstrem a menor simpatia ao próximo – este é o desafio da sociedade atual ao avançar até sobre as relações privadas em decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

5 Conclusões

A garantia necessária da vida digna é um ônus social, já que a dignidade da pessoa humana é também um dever de todos para com todos. A dignidade da pessoa humana não é somente uma prerrogativa dos particulares perante o Estado, mas também um dever daqueles para com o próximo mediante *redes de solidariedade*, conforme indicado por Jorge Miranda e Rui Medeiros. As indiscutíveis vantagens trazidas pelo reconhecimento da primazia e inviolabilidade da pessoa humana, conquistada a muito custo, trazem também pesados encargos, entre os quais, a cotização forçada para a manutenção da malha protetiva. Daí justifica-se a exação coercitivamente aplicada pelo Estado para fins de garantia da vida digna, impondo não só contribuições compulsórias à sociedade, mas também o ingresso forçado no sistema protetivo.

Uma efetiva guarida à dignidade da pessoa humana impõe a aceitação dos encargos daí derivados, como a necessidade de amparo aos necessitados e a todos aqueles que sucumbem aos revezes da vida. Exige do corpo social e econômico (atores privados – pessoas físicas e jurídicas) os meios necessários à manutenção de um padrão mínimo de vida, mesmo para aqueles que não demonstrem a menor simpatia ao próximo – este é o desafio da sociedade atual ao avançar até sobre as relações privadas em decorrência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Referências

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2004.
- ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. Argumentos para una teoría de los derechos sociales. In: RIBOTTA, Silvína; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 41-62.
- ARANGO, Rodolfo. *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Editorial Legis, 2005.
- BALERA, Wagner. *Noções preliminares de direito previdenciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BLACHÈR, Philippe. Droits fondamentaux (classification). In: CHAGNOLLAUD, Dominique; DRAGO, Guillaume (Dir.). *Dictionnaire des droits fondamentaux*. Paris: Dalloz, 2010. p. 275-287.
- BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 451-483.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. Exigibilidad de los derechos sociales y democracia. In: RIBOTTA, Silvína; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 149-171.
- 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.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 4. ed. rev. São Paulo: RT; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007. v. 1.
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Seguridad social: um sistema constitucional de proteção e de justiça social. *Revista Direito Público*, Brasília, ano VII, n. 31, p. 114-123, jan./fev. 2010.
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Curitiba: Juruá, 2014.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: RT, 2011. p. 239-252 (Coleção doutrinas essenciais: direitos humanos, v. 3).
- EWALD, François. El concepto de derecho social. *Revista Contextos*, Buenos Aires, n. 1, p. 101-134, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Direito Subjetivo – I. In: FRANÇA, Rubens Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 28. p. 298-333.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

- HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn: una contribución a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoría de la reserva de la ley*. Traductor Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2003.
- HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e direitos sociais. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 5-24.
- HORVATH JÚNIOR, Miguel. *Direito previdenciário*. 10. ed. rev. e ampl. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- JACCOUD, Luciana. *Pobres, pobreza e cidadania: os desafios recentes da proteção social*. Brasília, DF: IPEA, 2009.
- LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: Constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- LEMA AÑÓN, Carlos. La disputada universalidad de los derechos sociales. Entre asistencialismo y desmercantilización. In: RIBOTTA, Silvína; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 77-100.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *O procedimento administrativo entre a eficiência e a garantia dos particulares: algumas considerações*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995 (Stvdia Iuridica, n. 13).
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Da sociedade técnica de massas à sociedade de risco: prevenção, precaução e tecnociência: algumas questões juspublicísticas. Separata de: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Rogério Soares*, Coimbra, p. 797-891, 2001.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Direito à (proteção da) saúde. Separata de: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, Coimbra, p. 657-692, 2006.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Constituição da segurança social: sujeitos, prestações e princípios. Separata de: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, v. LXXXIV, p. 189-249, 2008.
- LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. *Adeus ao Estado social? A segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos "direitos adquiridos"*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Curso de direito previdenciário*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.
- MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003.
- MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérvulo Correia*, Coimbra, v. 1, p. 657-683, set. 2010.
- MEDEIROS, Rui. O Estado de direitos fundamentais portugueses: alcance, limites, e desafios. Separata de: *Anuário Português de Direito Constitucional*, Coimbra, v. II, p. 23-43, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. t. 4.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional: Estado e constitucionalismo. Constituição. Direitos fundamentais*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016. v. 1.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 111-144.

- NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.
- OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito*. Lisboa: Editora Pedro Ferreira, 1998. v. 1, tomo 1.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1999.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Apuntes políticos y jurídicos sobre los derechos sociales. In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 21-39.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007.
- PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Direito à subsistência e direito ao trabalho*. Rio de Janeiro: Editorial Alba, 1933.
- RADBRUCH, Gustav. *Introducción a la filosofía del derecho*. Tradução de Wenceslao Roces. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 1955.
- RIBOTTA, Silvina. Como repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿igualdad o prioridad? In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 263-293.
- ROSSETTI, Andrés. Algunos mitos, realidades y problemas en torno a los derechos sociales. In: RIBOTTA, Silvina; ROSSETTI, Andrés (Ed.). *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*. Madrid: Dykinson, 2010. p. 101-126.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Boletim Científico da ESMPU*, Brasília, n. 16, p. 193-259, jul./set. 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 213-253.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais, o direito a uma vida digna (mínimo existencial) e o direito privado: apontamentos sobre a possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 375-421.
- SARLET, Ingo Wolfgang. O direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia. In: PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria (Org.). *Direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. São Paulo: RT, 2011. p. 677-735. (Coleção doutrinas essenciais: direitos humanos, v. 3).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2014.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

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

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

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: _____. *Temas de direito civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1. p. 23-58.

TEPEDINO, Gustavo. Normas constitucionais e relações privadas na experiência das cortes superiores brasileiras. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 77, n. 3, p. 98-110, jul./set. 2011.

VICENTE GIMÉNEZ, Teresa. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. A incidência dos direitos sociais na esfera privada. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 107-144, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.498.
