UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Marcus Gouveia dos Santos

Orientador: Prof. Doutor Jorge Miranda

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Políticas

2022

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Marcus Gouveia dos Santos

Orientador: Prof. Doutor Jorge Miranda

Tese especialmente elaborada para a obtenção do grau de Doutor em Direito, na especialidade de Ciências Jurídico-Políticas

Júri:

Presidente:

-Doutora Maria João do Rosário Estorninho Pereira da Silva, Professora Catedrática e membro do Conselho Científico da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Vogais:
-Doutor Francisco Maria Gil Fernandes Pereira Coutinho, Professor Associado com Agregação
Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, arguente;
-Doutor Luís Manuel da Costa Sousa da Fábrica, Professor Auxiliar
Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa;
-Doutor Jorge Manuel de Moura Loureiro de Miranda, Professor Catedrático Jubilado
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Orientador;
-Doutora Maria João do Rosário Estorninho Pereira da Silva, Professora Catedrática
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
-Doutora Ana Maria Guerra Martins, Professora Catedrática
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa;
-Doutora Ana Fernanda Ferreira Pereira Neves, Professora Auxiliar
Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, arguente.

2022

DEDICATÓRIA

Dedico esse projeto aos meus meninos Miguel e Vitor, vocês fazem o meu mundo melhor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus e à minha esposa Paula, pela parceria de sempre. Agradeço ainda ao Professor Dr. Jorge Miranda, que com o seu inestimável conhecimento e a sua enorme generosidade tornou possível essa tese.

RESUMO

A presente tese tem como objeto o princípio da socialidade na Constituição Brasileira, pretendendo demonstrar a natureza estruturante do princípio e sua irradiação para a interpretação e aplicação das demais normas constitucionais. Para alcançar este propósito, formularam-se os seguintes objetivos: a) analisar a trajetória histórica do reconhecimento e da consolidação do Estado de Direito Democrático e Social; b) investigar as ordens jurídico- constitucionais e as diferentes concepções doutrinárias acerca da intervenção estatal na sociedade e da promoção da justiça social; c) sustentar o princípio da socialidade como princípio estruturante da Constituição Brasileira, demonstrando as respectivas consequências, entre outros aspectos, a influência sobre a concepção atual do Estado de Direito, a fundamentalização dos direitos sociais, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, a reinterpretação dos tradicionais direitos de liberdade, o surgimento de novos direitos ligados à solidariedade e o processo democrático. Do ponto de vista metodológico, desenvolveu-se pesquisa descritiva, cujas fontes principais foram: Constituição Brasileira, tratados internacionais, Constituição de outros Estados Nacionais, doutrina produzida por juristas de diferentes países e a jurisprudência de Cortes Constitucionais, que trazem a lume alguns consensos e divergências quanto à adoção do princípio do Estado Social como princípio estruturante da Constituição e suas consequências. Ao final, apresentam-se considerações, no intuito de contribuir para uma interpretação coerente do ordenamento constitucional brasileiro, que confira eficácia e efetividade às normas constitucionais, para o desenvolvimento de uma sociedade cidadã, solidária e inclusiva.

Palavras-chave: Estado Social; Princípio Estruturante; Estado de Direito; Eficácia horizontal dos direitos fundamentais; Reinterpretação dos Direitos de Liberdade; Direitos de Solidariedade; Direitos Sociais; Participação Democrática.

ABSTRACT

The current thesis has as its main object the principle of Social State in Brazilian Constitution, intending to demonstrate the structuring nature of the principle and its irradiation for all other constitutional rules. In order to achieve this purpose, the following objectives will be pursued: a) analyzing Democratic and Social State of Law´s historical development until its constitutional recognition; b) investigating the relations established between different conceptions and constitutional basis of Social State; c) demonstrating the consequences of adopting the Social State principle as a structuring principle of the Brazilian Constitution, considering, among other aspects, its influence on Rule of Law conception; on having social rights considered as fundamental rights; on fundamental rights applicability on private relations; on traditional rights of freedom reinterpretation; on the emergence of new rights inspired on solidarity; and on the democratic process. From methodological point of view, a descriptive research has been developed, having these main sources: Brazilian Constitution, International Laws, doctrine produced by great thinkers from different countries and the jurisprudence of Constitutional Courts from several nations, which intends to bring to light some consensus and divergences regarding the adoption of Social State principle in the Constitution and its consequences. By the end, the author's considerations will be presented, in order to contribute to the guarantee and consistency of Brazilian Constitutional system and, then, the development of a civic, a solidary and an inclusive society.

Keywords: Social State; Structuring Principle; State of Law; Fundamental Rights in Private Relations; Rights of Freedom Reinterpretation; Rights of solidarity; Social Rights; Democratic Participation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 11

CAPÍTULO I - PERSPECTIVA HISTÓRICA: A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO E SOCIAL 17

CAPÍTULO II – PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL E DO DIREITO COMPARADO 31

1- O DIREITO INTERNACIONAL E O SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS 31

2- O ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO 36

A - DISCUSSÃO ENTRE LIBERAIS LIBERTÁRIOS E LIBERAIS IGUALITARISTAS 36

B- A MERITOCRACIA E O PRINCÍPIO DA DIFERENÇA COMO FORMAS JUSTAS DE DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS 44

C – A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE SOBRE A INTROMISSÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E NA SOCIEDADE 49

3- O ORDENAMENTO JURÍDICO- CONSTITUCIONAL ALEMÃO 58

A- PREMISSAS FILOSÓFICAS SOBRE A LIBERDADE E A FUNÇÃO DO ESTADO 58

B- O PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ 68

4- O PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA 77

5- O PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DA ÁFRICA DO SUL 87

CAPÍTULO III – O ESTADO SOCIAL COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA 91

1- O ESTADO SOCIAL COMO MODELO DE JUSTIÇA SOCIAL 91

2- O PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS 99

3- O ESTADO SOCIAL COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 104

CAPÍTULO IV – O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E A CONCEPÇÃO DO ATUAL ESTADO DE DIREITO 120

1- O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO E SOCIAL 120

2- O PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO 128

2.1 – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ELEMENTO AXIOLÓGICO CENTRAL DO ESTADO DE DIREITO 134

A - HISTÓRIA DA DIGNIDADE 134

B- CONTEÚDO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA 142

C- O ESTADO DE DIREITO MATERIAL E A RELAÇÃO ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS ... 146

D- ÂMBITO DE PROTEÇÃO NORMATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM UM ESTADO DE DIREITO 151

E- A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA 156

2.2- O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E AS GARANTIAS JURÍDICO-FORMAIS DO ESTADO DE DIREITO 163

A- PRINCÍPIO DA LEGALIDADE 163

B- PRINCÍPIO DA IGUALDADE 170

C- PRINCÍPIO DA SEGURANÇA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA 177

D- PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE 184

E - PRINCÍPIO DA DIVISÃO DE PODERES 194

CAPÍTULO V – O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E A FUNDAMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS 204

1- FUNDAMENTALIDADE MATERIAL E FORMAL 204

2- OS DIREITOS SOCIAIS COMO TRUNFOS CONTRA A MAIORIA. 209

3- OS DIREITOS SOCIAIS COMO LIMITES PARA A REVISÃO CONSTITUCIONAL 214

4- A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL 217

5- CONTEÚDO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS 227

6- NECESSIDADE DE RECURSOS – RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL 231

7- ESTRUTURA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITOS SOCIAIS POSITIVOS E DIREITOS DE LIBERDADE NEGATIVOS 239

8- VINCULATIVIDADE JURÍDICA E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS 243

A- CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE 250

B- A DOUTRINA DE ALEXY: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO PRINCÍPIOS 259

9- VINCULATIVIDADE JURÍDICA E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA 263

10- VINCULATIVIDADE JURÍDICA E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA DIMENSÃO POSITIVA 269

11- VINCULATIVIDADE JURÍDICA E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA DIMENSÃO NEGATIVA 282

CAPÍTULO VI – O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A REINTERPRETAÇÃO DOS TRADICIONAIS DIREITOS DE LIBERDADE .. 295

1- ASPECTOS HISTÓRICOS E FUNDAMENTOS 295

2- DOUTRINAS SOBRE A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS 305

3- A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS 325

4- O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E A REINTERPRETAÇÃO DOS TRADICIONAIS DIREITOS DE LIBERDADE 340

CAPÍTULO VII - O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS LIGADOS À SOLIDARIEDADE 352

1- PERSPECTIVA HISTÓRICA E CARACTERÍSTICA 352

2 - DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO 357

3- DIREITOS COLETIVOS 362

CAPÍTULO VIII - O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E A CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA 369

1- TEORIAS DA DEMOCRACIA: A AUTONOMIA PRIVADA E A AUTONOMIA PÚBLICA 369

2- PRESSUPOSTOS DA DEMOCRACIA EM ESTADO DE DIREITO SOCIAL E DEMOCRÁTICO 376

3- A DEMOCRACIA E O ESTADO SOCIAL 384

4- O MODELO REPRESENTATIVO LIBERAL E O ESTADO SOCIAL 391

5- O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO 403

CONCLUSÃO 412

BIBLIOGRAFIA 431

INTRODUÇÃO

A motivação para analisar o princípio da socialidade na ordem constitucional brasileira surgiu do desafio de desconstruir afirmações de cunho neoliberal que anunciam a falência do Estado Social. Esse tipo de afirmação não implica somente em uma mudança de paradigmas, mas também na frustração da esperança de concretização de uma justiça social, através da superação do egocentrismo pelo solidarismo.

O advento do Estado Social representou um sopro de igualdade social em um mundo que convivia com a exploração desumana de uma classe social sobre a outra e com a falta de representatividade dos mais necessitados. Não só direitos de libertação do homem da miséria foram garantidos, mas também direitos dos excluídos de se tornarem efetivamente cidadãos. Com isso, o Estado Social trouxe consigo reflexos nas áreas social, econômica, política e jurídica, não só pela constitucionalização dos novos direitos sociais, mas também pela garantia de direitos políticos a todas as classes sociais, pelo condicionamento do exercício dos tradicionais direitos de liberdade ao atendimento de um interesse social, pela extensão da aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas e pelo surgimento de novos direitos ligados à perspectiva solidária.

Por muito tempo, acreditou-se que essa seria a concepção do Estado de Direito ideal, em que fossem assegurados os tradicionais direitos de liberdade, mas que também fossem previstos novos direitos para sobrepujar a necessidade humana. Essa conciliação entre direitos de liberdade e direitos sociais remete ao próprio nascimento do Estado Social, originário de um acordo de classes para que restasse preservado o regime capitalista em face de um comunismo crescente à época e, em contrapartida, se garantissem direitos aos trabalhadores, tanto de libertação da necessidade como de participação na formação da vontade estatal.

Com essa crença de que um Estado intervencionista pudesse garantir a paz social por meio de uma desejada conciliação entre o capital e o trabalho, a cláusula do Estado Social foi sendo disseminada nas Constituições dos países

ocidentais. Mesmo Estados intitulados de liberais abriram as portas para as novas mudanças decorrentes do solidarismo social. Nos Estados Unidos, por exemplo, no governo de Roosevelt concluiu-se que sem o mínimo de prestações estatais seria impossível o exercício da liberdade, a garantia da igualdade e a busca da felicidade.

Entretanto, o entusiasmo inicial com a perspectiva de que fosse alcançada uma justiça social foi freado pela incapacidade do Estado de atender a todas as necessidades dos seus cidadãos. Como os recursos econômicos são sempre finitos, a sobrevivência do Estado Social restou comprometida por elevados custos para mantê-lo. Ataques neoliberais foram desferidos contra o princípio da socialidade sob o fundamento de que o Estado não poderia se sustentar com tantas obrigações sociais. Em nome de uma pretensa liberdade e de um direito de propriedade, defendeu-se que seria injusto retirar de uns para sustentar outros.

Lógico que na trajetória do Estado Social alguns excessos foram praticados, notadamente pela desconsideração de questões econômicas, mas não se pode descaracterizá-lo como instrumento de promoção da justiça social. Por isso, a defesa de sua superação representa um sério golpe na esperança daqueles que aguardam por um mundo melhor, na medida em que grande parte dos problemas que assolam a humanidade certamente provém do desejo de acumulação de riqueza e, consequentemente, de domínio de um ser humano sobre o outro.

A pandemia provocada pelo coronavírus demonstrou como a intervenção estatal é salutar para a sociedade, não só para a garantia de condições mínimas de subsistência para os mais vulneráveis, mas também para socorrer detentores de capital, que amargaram grandes prejuízos e tiveram próximo de encerrar suas atividades. A solidariedade, princípio caro ao Estado Social, foi exaltada como único caminho para vencer a crise sanitária e econômica desencadeada pelo novo vírus.

Nesse sentido, pretende-se demonstrar que o solidarismo preconizado pela cláusula do Estado Social ainda é uma alternativa para um capitalismo globalizado e excludente. As Constituições que garantem o princípio da socialidade representam uma resistência à exploração da miséria humana, à

destruição desenfreada do meio ambiente e ao domínio político e social do poder econômico. Com essa perspectiva, pretende-se defender a socialidade no ordenamento constitucional brasileiro como princípio estruturante, bem como analisar a respectiva repercussão na concepção do atual Estado de Direito, na fundamentalização dos direitos sociais, na interpretação dos tradicionais direitos de liberdade, nas relações privadas, no surgimento de novos direitos e na formação de novos cidadãos.

Para uma apresentação mais didática, o presente trabalho será dividido em oito capítulos denominados de Perspectiva História (Capítulo I); Perspectiva do Direito Internacional e do Direito Comparado (Capítulo II); O Estado Social como Princípio Estruturante da Constituição Brasileira (Capítulo III); O Princípio da Socialidade e a concepção do atual Estado de Direito (Capítulo IV); A Fundamentalização dos Direitos Sociais (Capítulo V); A Aplicabilidade dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas e a Reinterpretação dos Tradicionais Direitos de Liberdade (Capítulo VI); o Princípio da Socialidade e o Surgimento de novos direitos ligados à solidariedade (Capítulo VII); e, por fim, O Princípio da Socialidade e a Consolidação da Democracia (Capítulo VIII).

No primeiro capítulo será feito um percurso histórico para se estudar a evolução das concepções jurídicas e políticas que propiciaram a consolidação do Estado de Direito Democrático e Social. Em um segundo momento, será discutido como a globalização neoliberal contribui para o aumento da desigualdade social, da pobreza e da degradação ambiental, por meio de uma internacionalização do capital e da mitigação da soberania estatal, acarretando graves limitações ao Estado Social e ao princípio democrático.

Já no segundo capítulo, como forma de elaborar um estudo comparado com o sistema Constitucional Brasileiro, serão analisados alguns ordenamentos constitucionais e a maneira como oferecem proteção em âmbito interno às necessidades socioeconômicas do ser humano. Será analisado o sistema norte-americano, em que não há previsão do princípio do Estado Social nem de direitos sociais na Constituição; a doutrina e a Constituição alemãs, em que há a garantia do princípio do Estado Social, mas não existe previsão expressa de direitos sociais na Constituição; a Constituição portuguesa, em que, assim como no Brasil, há previsão do princípio do Estado Social e de direitos sociais na

Constituição; e, por fim, será abordada a Constituição da África do Sul, que prevê o princípio do Estado Social e os respectivos direitos sociais, estabelecendo uma forma inovadora de aplicação dos direitos fundamentais sociais.

O terceiro capítulo tem o objetivo de sustentar o Estado Social como princípio estruturante da Constituição brasileira, através da análise histórica e comparativa da previsão do princípio na ordem constitucional. Será objetivo desse capítulo delimitar o conteúdo do princípio da socialidade, por meio da sua relação com os demais princípios estruturantes e enquanto princípio caracterizado pela imprescindibilidade da intervenção estatal e destinado à promoção da igualdade e da justiça sociais. Defender-se-á, como valor voltado para igualdade e justiça sociais, que o princípio da socialidade importa em uma solidariedade com o outro ser humano; em uma responsabilidade do indivíduo para que garanta seu sustento e a realização do seu plano de vida com seus próprios esforços; e em uma atuação subsidiária do Estado, somente quando o indivíduo não possua condições para aceder à prestação social por conta própria.

No quarto capítulo pretende-se demonstrar a influência do princípio da socialidade para o desenvolvimento do conceito do que se entende atualmente por Estado de Direito. Como responsáveis pela consagração dos valores essenciais da Constituição e direcionadores da interpretação e aplicação das demais normas constitucionais, mencionar-se-á como os princípios estruturantes da Constituição Brasileira se relacionam entre si para conformar o Estado de Direito Social e Democrático.

Nos capítulos quinto ao sétimo serão abordadas as repercussões da adoção do princípio constitucional estruturante do Estado Social, notadamente quanto à fundamentalização dos direitos sociais, ao surgimento de novos direitos decorrentes da solidariedade, à nova interpretação dos tradicionais direitos de liberdade, à irradiação dos direitos fundamentais para a esfera privada e à democracia.

Dessa forma, no capítulo quinto, sobre a fundamentalização dos direitos sociais, defender-se-á a fundamentalidade formal e material dessa espécie de direito, bem como a necessidade de uma dogmática jurídica para que sejam

interpretados e aplicados como verdadeiros direitos fundamentais, ao lado dos tradicionais direitos de liberdade. Nesse aspecto, será adotada posição sobre a aplicabilidade imediata da norma de direito social, à luz do artigo 5º, §1º da Constituição, como também sobre os principais argumentos da doutrina para não se conferir uma importância jusfundamental aos direitos sociais, tais como a indeterminação do conteúdo, a necessidade de recursos e a dependência da intermediação do legislador. Ao final deste capítulo, defender-se-á os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, sem desconsiderar as suas peculiaridades quando comparados aos direitos de liberdade.

A temática do capítulo sexto será a defesa da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas e a reinterpretação dos tradicionais direitos de liberdade, como decorrência da consagração do princípio da socialidade. Por meio da análise histórica da natureza e das funções do Estado e da superveniência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, serão abordadas as principais doutrinas que concebem a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas e a imprescindibilidade de se conferir uma nova interpretação aos direitos de liberdade. À luz da Constituição Brasileira, será adotada posição acerca da aplicação mediata ou imediata dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, como também sobre uma nova interpretação e aplicação dos institutos de direito privado.

O surgimento de novos direitos ligados à solidariedade será objeto de estudo no capítulo sétimo, onde se pretenderá demostrar que os direitos de solidariedade decorrem de novas reivindicações do ser humano, principalmente conectadas ao impacto tecnológico, à autodeterminação dos povos, ao anseio de paz e respectivo fim das guerras e de um meio ambiente equilibrado. Como direitos pertencentes à raça humana, seria a solidariedade o fundamento do seu exercício e de sua garantia, uma vez que o cidadão seria munido de direitos e de responsabilidades de cunho coletivo. Nesse aspecto, será estabelecida uma relação entre a desigualdade social e a degradação ambiental, para que seja conferida uma interpretação ao artigo 225 da Constituição que abarque o conceito de uma justiça e de uma cidadania ambientais. Por outro lado, como decorrência do princípio da solidariedade, será defendida a necessidade de reconhecimento e atribuição de direitos a grupos sociais minoritários.

No capítulo oitavo estabelecer-se-á a democracia como um princípio ínsito ao Estado Social. Será exposta a democracia como um processo histórico dinâmico, com a exposição da evolução constitucional brasileira e a atual consagração do princípio na Constituição de 1988. Por meio de uma análise das teorias acerca da democracia e do seu conteúdo, será estudada a atual crise do modelo representativo e a sua relação com o Estado de Direito.

Ao final, defender-se-á a consagração na Constituição Brasileira do Estado Social como princípio estruturante, destinado à construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

CAPÍTULO I - PERSPECTIVA HISTÓRICA: A FORMAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO E SOCIAL

A concepção de Estado, enquanto poder político, dotado de unidade e autonomia, surgiu inicialmente com o desenvolvimento das Cidades Gregas e Romanas. Na Cidade Grega de Atenas já se defendia a democracia, com pressuposto na igualdade e na liberdade.[1]

Com o advento da Idade Média, assistiu-se à descentralização do poder político do antigo Império Romano em uma pluralidade de poderes particulares de natureza territorial, religiosa ou social (feudos, burgos, senhorios ou reinos). Ao contrário do Estado romano, que reunia a função política e moral, nesse período surgiu uma dualidade de poder, ao Estado seria incumbida a função política enquanto à Igreja caberia uma atribuição moral.[2] Embora nesse período tenham sido previstos alguns direitos, ainda não se pode falar propriamente em direitos fundamentais uma vez que não teriam a característica de universalidade, mas sim o estabelecimento de privilégios para uma classe social. Exemplo disso seria a *Magna Charta,* de 1215, na qual o Rei João Sem Terra se obrigou a reconhecer direitos aos estamentos sociais na Inglaterra, constituídos principalmente pela Igreja e pela nobreza feudal.

Com o fim do sistema medieval, teve início a formação dos Estados Nacionais. No início desse processo de transição, no Estado ainda caracterizado como Estamental, o poder político era exercido pelo monarca juntamente com os estamentos. Somente em meados do século XV houve o enfraquecimento do poder das autoridades eclesiásticas e senhoriais, com a supressão dos privilégios feudais e a centralização do poder político. Em contrapartida, surgiram os primeiros Estados Nacionais, com a monopolização do uso da força pública

[1] GILISSEN, John. Introdução histórica ao Direito. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 7ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 73-80; ARISTÓTELES. Constituição dos Atenienses. Tradução: Delfim Ferreira Leão. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª Ed., 1986, Lisboa, pp. 88-122.

[2] AMARAL, Diogo Freitas do. História das ideias políticas. Volume 1, Almedina, Lisboa, 1998. pp. 151-153; GILISSEN, John. Introdução histórica ao Direito. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 7ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 127-132; pp. 237-244.

pelo poder real.[3] Com isso, o sistema de privilégios e obrigações feudais foi substituído pela submissão de todos ao poder central do rei.

Esse novo Estado seria caracterizado pela ideia de nação, de separação entre o religioso e o poder político e pela concepção de soberania, esta última caracterizada como supremacia e independência centralizadas na figura do monarca. Esse novo Estado Absoluto pode ser dividido em duas fases: a primeira em que o Estado é considerado parte integrante do patrimônio real e a segunda na qual o monarca deixa de ser proprietário do Estado para ser seu servidor, com a atribuição de promover o bem-estar dos seus súditos.[4]

Nessa primeira fase, o Estado Absoluto (também denominado de patrimonial) tinha como justificativa a origem divina do poder do monarca. Em seguida, em fins do século XVII e todo o século XVIII, o Estado de Polícia caracterizou-se pelo despotismo esclarecido e a concentração do poder real justificado na razão. Em nome da razão, o príncipe seria dotado do poder de intervir nas esferas política, econômica, social e privada, com o pretexto de se alcançar um pretenso interesse público, que se confundia com a vontade do próprio soberano. O interesse estatal manifestado através do soberano estava acima do próprio Direito e os interesses individuais deveriam ceder sempre à vontade do Estado.[5]

Como o poder do monarca estava acima do próprio direito e não estava submetido aos Tribunais, surgiu uma nova figura denominada fisco, de quem os súditos poderiam reivindicar compensações patrimoniais por prejuízos causados pelo Estado de Polícia. Mesmo com o fisco e a indenização por danos causados,

---

[3] AMARAL, Diogo Freitas do. História das ideias políticas. Volume 1, Almedina, Lisboa, 1998, pp. 193-195; GILISSEN, John. Introdução histórica ao Direito. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 7ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 205-206.

[4] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15-19; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 27-40.

[5] AMARAL, Diogo Freitas. História das ideias políticas. Volume 2, Lisboa, 1997, pp. 39-45; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15-19; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 27-40; CAETANO, Marcello. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. Tomo I, 6ª Ed., Editora Almedina, Coimbra, 1986, pp. 251- 279.

a possibilidade de intervenção ilimitada e arbitrária do Estado na vida do súdito ocasionava grande insegurança, notadamente por inexistir regras preestabelecidas que regulamentassem a atuação estatal.[6]

Dessa forma, embora inicialmente o Estado Absoluto tenha tido grande valia para a burguesia alcançar a hegemonia econômica, por meio da formação dos Estados Nacionais e desmantelamento dos privilégios das classes feudais, o Estado de Polícia representava um indigesto entrave ao desenvolvimento econômico. A nova classe burguesa ansiava por mecanismos para limitar e controlar a atuação estatal, o que somente ocorreu por meio da regulamentação da atividade do Estado pelo Direito.[7]

O Estado de Direito marcou o fim do Absolutismo. Posteriormente, se subdividiria em Estado de Direito Liberal e Estado de Direito Social e Democrático, cujo marco divisório seria a Primeira Guerra Mundial. A separação de poderes e os direitos fundamentais, embora sejam elementos sempre presentes no Estado de Direito, também sofreram a influência da ideologia que inspirou cada uma dessas espécies de Estado de Direito.[8]

Utilizando-se da concepção Iluminista, com grande influência no pensamento político da época, foram preestabelecidas regras para contenção dos poderes ilimitados e arbitrários do monarca, resultando em um controle do poder político através do Direito, de forma a garantir a liberdade, a propriedade, a segurança do indivíduo e, especificamente, o livre desenvolvimento da atividade econômica pela burguesia. Com isso, a ideia de Constituição surgiu como instrumento jurídico destinado a organizar e limitar juridicamente o Poder Político Estatal. Como consequência da ideologia predominante no período,

---

[6] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15-19; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 27-40.

[7] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15-19; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 27-40.

[8] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15-19; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 27-40.

surgiu o Estado de Direito Liberal, que seria sacramentado nas Revoluções Francesa e Americana.[9]

A Constituição Americana (1787) trouxe importantes inovações para o constitucionalismo do Estado Liberal, além de instituir uma constituição escrita, republicana, com previsão do Federalismo e do Presidencialismo, foi a primeira vez que direitos individuais foram positivados como direitos fundamentais constitucionais.[10] Por sua vez, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da Revolução Francesa, em seu artigo XVI, previu importantes garantias do Estado Liberal na medida em que constou expressamente que não haveria Constituição caso não fossem assegurados os direitos individuais e a separação de poderes.

A função primordial dos direitos fundamentais era a preservação da autonomia individual em face de um Estado inimigo, para que a sociedade pudesse se desenvolver pelas leis naturais e a economia pelas leis do mercado. Esses direitos constituíam, sobretudo, liberdades negativas, nas quais havia um dever de abstenção do Poder Público. O exercício desses direitos se dava sob a perspectiva do indivíduo isolado e abstratamente considerado, sem levar em conta o aspecto coletivo e social.[11] Além disso, sob a influência iluminista, os direitos individuais eram considerados verdadeiros direitos naturais, de base racional, subjetivista, originária, inerente ao ser humano e oponível ao Estado. Isso fica bem evidente com o exercício do direito de propriedade que tinha um caráter absoluto e condicionante do exercício dos demais direitos, uma vez que

[9] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15-19; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 27-40.

[10] BRITO, Miguel Nogueira de. Lições de Introdução à teoria da Constituição. Lisboa, 2013, pp. 6-28; CAETANO, Marcello. Manual de Ciência Política e Direito Constitucional. Tomo I, 6ª Ed., Editora Almedina, Coimbra, 1986, pp. 66-75; GILISSEN, John. Introdução histórica ao Direito. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 7ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 413-430.

[11] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15-19; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 27-40.

o próprio exercício de direitos políticos dependia da condição de proprietário do indivíduo.[12]

Nesse período, com base na doutrinal liberal, foram elaborados diplomas normativos que consagraram os tradicionais direitos de liberdade, como: *Petition of Right* de 1628, *Abolition of Star Chamber* de 1641, *Habeas Corpus Act* de 1679, *Bill of Rights* de 1689, *Act of Settlement* de 1701, Declaração de Direitos dos Estados da Virgínia, Pensilvânia e Maryland de 1776, a Constituição Federal dos Estados Unidos de 1787 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Além da previsão de direitos individuais de liberdade, o princípio da separação de poderes também é fruto do Estado Liberal, como garantia da liberdade individual em face do Poder Público. Para MONTESQUIEU[13], os abusos de poder somente poderiam ser evitados com sua limitação e, para tanto, somente um poder de igual estatura poderia limitar o outro. A doutrina de Montesquieu foi de extrema importância para a superação do regime absolutista, já que impunha limites ao poder monárquico. Da mesma forma, atendeu aos interesses burgueses, já que, ao contrário de Rousseau que defendia a democracia direta como forma de contenção do poder pelo seu exercício pelo povo, a separação de poderes pregava a hegemonia do Parlamento, ocupado preponderantemente pela burguesia, como órgão representante da nação.

---

[12] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15-19; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 27-40; MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social. In: Conferência no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, proferida em Belo Horizonte. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>, em 28 de setembro de 2011, pp. 1-18.

[13] Segundo Montesquieu (MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. O Espírito das Leis. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, v 1, São Paulo, 1962, p. 181): "Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade pois se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado do poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor."

O Poder Executivo e o Poder Judiciário estavam adstritos aos termos da lei, uma vez que, como esta era elaborada pelo representante da nação, era sinônimo de justiça e liberdade. Não se podia aceitar que a lei era injusta, na medida em que, como resultado da vontade geral, ninguém seria injusto contra si próprio. A lei era fonte suprema do direito, qualquer que fosse o seu conteúdo, não estando limitada sequer pelas Constituições ou pelos direitos nela estabelecidos. Como o Poder Executivo até então era a maior ameaça aos anseios da classe burguesa, a lei tinha a importante função de conter ilegalidades praticadas pela Administração Pública e submetê-las ao julgamento do Poder Judiciário, que não podia criticá-la, somente aplicá-la.[14]

Por conta disso, na esfera do direito público, a Administração estava restrita ao princípio da legalidade e, no campo do direito privado, os princípios da autonomia privada, da igualdade jurídica e da proteção da propriedade tiveram grande reflexo nos institutos do Direito Civil. O positivismo jurídico, doutrina dominante nos fins do Século XIX, também corroborava a submissão à lei, enquanto doutrina jurídica formalista que identificava a lei com a justiça. Tudo isso contribuía para a garantia da ideologia liberal do livre mercado e uma imperativa separação entre o público e o privado.[15]

Entretanto, a redução do Estado de Direito à obediência do direito positivo por ele mesmo produzido, sem que fosse levado em consideração o conteúdo respectivo, fez com que o Estado de Direito pudesse se compatibilizar com qualquer Estado, mesmo os autoritários que não respeitavam os direitos fundamentais. A sobrevalorização do aspecto formal em detrimento dos valores materiais acarretou o desvirtuamento do Estado de Direito, que se converteu em

[14] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15-19; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 27-40; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 13.

[15] MOREIRA, Alexandre Mussoi. A transformação do estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos. Ed. Libraria do Advogado, Porto Alegre, 2002, pp. 52; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15-19; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 27-40.

mero Estado de Legalidade, reduzido a puro instrumento de realização dos fins individuais.[16]

Aos poucos, percebeu-se que o liberalismo econômico e o Estado formal não seriam capazes de resolver os graves problemas sociais e econômicos do século XIX, como a exploração do trabalho infantil e feminino, as crises econômicas, a alta taxa de desemprego provocada pela substituição dos teares manuais pelos mecânicos, as condições desumanas dos mineiros ingleses, dentre outros. A finalidade do Estado e a sua relação com a sociedade passaram por intenso questionamento, notadamente a crença de que uma lei natural, que regeria as relações econômicas e sociais, e uma total abstenção estatal seriam suficientes para a resolução das graves questões vivenciadas.[17]

A Doutrina Social da Igreja, na Encíclica *Rerum Novarum* de 1891, já pregava a intervenção estatal para a garantia de uma justiça distributiva, sob o fundamento de que os pobres, igualmente aos ricos, eram cidadãos por direito natural; portanto, deveria ser conferida aos trabalhadores uma parcela razoável sobre todos os bens que eles proporcionavam à sociedade.[18] Por sua vez, para a concepção socialista, o Estado de Direito formal tão somente consolidou e reforçou a posição econômica da burguesia.

---

[16] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15-19; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 27-40; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 380-381; BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 169-199. Segundo BOBBIO, no campo econômico impõe a economia de mercado e na seara política compreende o Estado mínimo, resultando em que a intervenção do poder público nas relações econômicas é uma exceção, sob pretexto de garantia do desenvolvimento da personalidade individual.

[17] MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa anotada. Tomo I. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 69- 77; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: Tratado Luso- Brasileiro da dignidade humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 393-400; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 30-45.

[18] OTERO, Paulo. Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976. In: 35º aniversário da Constituição de 1976, V. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 37-55; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: Tratado Luso- Brasileiro da dignidade humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 393- 400; CLEMENTE, Manuel. Incidência da Doutrina Social da Igreja nos Direitos Económicos e Sociais. In: 35º aniversário da Constituição de 1976, V. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 57-64.

O fim da Primeira Guerra Mundial também contribuiu para a superação do Estado Liberal. Isto porque, por força do conflito, os Estados foram obrigados a intervir fortemente na economia. Ao fim da guerra, era impossível o retorno ao Estado Liberal, na medida em que existiam várias atividades econômicas que foram encampadas pelo Estado, por outro lado, também não era possível continuar com a intervenção estatal do período de guerra. Era necessária uma economia voltada para o crescimento e desenvolvimento econômicos, no período de paz, voltada ao bem-estar dos cidadãos. Como consequência, houve o desenvolvimento do sistema fiscal do Estado, tanto no sentido de aumentar a carga fiscal para obtenção de receita para suportar a nova atuação estatal, como também de criar impostos sobre os rendimentos pessoais com a finalidade de promover a redistribuição de renda.[19]

Ainda como fator de declínio do Estado Liberal, se reconheceu uma maior participação social na decisão política estatal. Houve a necessidade de se integrar a classe operária ao processo de tomada de decisão estatal, notadamente através do alargamento do sufrágio e da sua presença nos Parlamentos para defesa de suas reivindicações. Como resultado, foi estabelecida a democracia, em oposição ao governo representativo clássico burguês.[20]

---

[19] NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do estado social. Revista Tributária e de Finanças Públicas nº 2009 – RTRIB 88, pp. 269-307.

[20] MIRANDA, Jorge. Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes, Coimbra Editora, Lisboa, 2004, pp. 203- 250; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: Tratado Luso- Brasileiro da dignidade humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 1107-1117; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 30-45; BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 63-83; BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed., 11ª reimpressão, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2013, pp. 7-8. Menciona BOBBIO (BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 61-62.) que "(...) quando o direito de voto foi estendido também aos não proprietários, aos que nada tinham, aos que tinham como propriedade tão somente a força de trabalho, a consequência foi que se começou a exigir do Estado a proteção contra o desemprego e, pouco a pouco, seguros sociais contra as doenças e a velhice, providências em favor da maternidade, casas a preços populares etc."

Esse processo de ampliação da participação popular ocorreu ao longo da segunda metade do século XIX e consolidou-se após a primeira grande guerra mundial, com o declínio das monarquias europeias e o início das repúblicas democráticas. Em França, embora o projeto republicano-democrático tenha sofrido um retrocesso pela restauração do poder monárquico dos Bourbon, constata- se que, durante o século XIX e até a eclosão da primeira grande guerra, houve uma sistemática expansão da participação popular. De 1815 a 1830, apenas uma pequena parcela da população, que detinha propriedade, podia participar das eleições. Somente a partir da revolução de 1848, com a instituição da república, foi previsto o sufrágio universal e irrestrito para os cidadãos do sexo masculino acima de 21 anos de idade.[21]

No mesmo período, o projeto democrático foi iniciado na Prússia, com a revolução de 1848 e a Constituição de 1850, tendo sido a câmara inferior do parlamento prussiano eleita por sufrágio universal masculino. No entanto, o eleitorado ainda era estratificado, já que os cidadãos mais ricos elegiam um terço dos membros da câmara inferior. Com a formação da Confederação Alemã do Norte, em 1867, a Constituição outorgou o sufrágio universal sem restrições a todos os homens acima de 25 anos, o que permaneceu com a fundação do Império Alemão, após a vitória sobre Napoleão III.[22]

Da mesma forma, posteriormente à unificação política italiana, capitaneada pelo Reino de Sardenha e de Piemonte, em 1861, somente poucos detentores de bens tinham direito de voto. A partir de 1882, as condições patrimoniais impostas para o exercício do direito de voto foram reduzidas e a idade mínima diminuiu de 25 anos para 21 anos. Em 1913, foi instituído o sufrágio universal e ilimitado para todos os homens acima de 30 anos e o sufrágio restrito para homens acima de 21 anos.[23]

---

[21] HOPPE, Hans- Hermann. Democracia, o Deus que falhou – a economia e a política da monarquia, da democracia e da ordem natural. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. Editora Instituto Ludwig von Mises do Brasil, 1ª Edição, São Paulo, 2014, pp. 81-84.

[22] HOPPE, Hans- Hermann. Democracia, o Deus que falhou – a economia e a política da monarquia, da democracia e da ordem natural. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. Editora Instituto Ludwig von Mises do Brasil, 1ª Edição, São Paulo, 2014, pp. 81-84.

[23] HOPPE, Hans- Hermann. Democracia, o Deus que falhou – a economia e a política da monarquia, da democracia e da ordem natural. Tradução de Marcelo Werlang de

O sufrágio restrito e desigual também foi consagrado na Áustria, em 1873, com a previsão de quatro classes de cidadãos, com diferentes poderes de voto. Já no início do Século XX, o sistema foi abolido e foi aprovado o sufrágio universal e igual para homens acima de 24 anos. No Reino Unido, a partir de 1815, somente alguns detentores de posses podiam participar das eleições, sendo certo que, ao longo do Século XIX, as restrições patrimoniais foram afrouxadas para contemplar um maior número de eleitores do sexo masculino e maiores de 21 anos. Em fins do Século XIX e início do Século XX, o sufrágio masculino igual e universal (ou quase universal) também já estava garantido na Suíça, na Holanda, na Noruega, na Suécia, na Espanha, na Grécia, na Bulgária, na Sérvia e na Turquia. Entretanto, somente após a Primeira Guerra Mundial constatou-se o declínio definitivo das monarquias europeias e o início das repúblicas democráticas.[24]

Com isso, o Estado Social resultou de uma demanda popular democrática, vinda de baixo para cima.[25] Através da pressão de novos grupos sociais sobre o Estado Liberal, direitos sociais e econômicos foram constitucionalizados. Os marcos históricos da superação do Estado Liberal pelo Estado Social foram a Constituição do México de 1917, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da Rússia de 1918 e a Constituição de Weimar de 1919.

Produto da Revolução Mexicana, após um regime ditatorial imposto por Porfirio Diaz, a Constituição dos Estados Unidos Mexicanos foi promulgada em 05 de fevereiro de 1917, com características marcadamente anticlerical, agrarista, nacionalista e social. Foram positivadas normas destinadas à proteção do trabalho humano e dos vulneráveis, notadamente através da previsão de direitos ao salário mínimo, à limitação da jornada de trabalho, a restrições ao

Assis. Editora Instituto Ludwig von Mises do Brasil, 1ª Edição, São Paulo, 2014, pp. 81-84.

[24] HOPPE, Hans- Hermann. Democracia, o Deus que falhou – a economia e a política da monarquia, da democracia e da ordem natural. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. Editora Instituto Ludwig von Mises do Brasil, 1ª Edição, São Paulo, 2014, pp. 81-84.

[25] BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 61-62.

trabalho das mulheres e das crianças, à greve, à associação sindical, à educação, dentre outros.[26]

A Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, bem como a respectiva Lei Fundamental Soviética, ambas de 1918, tinham a pretensão de instaurar um Estado Socialista- Proletário, por meio da adoção de medidas de abolição da propriedade privada e assistência econômica aos operários e camponeses, como forma de implementar a organização socialista dos meios de produção.[27]

Por sua vez, a Constituição de *Weimar* de 1919 sobreveio após uma grande crise econômica e elevados índices inflacionários, provenientes da derrota alemã na primeira grande guerra mundial e a respectiva imposição de obrigações internacionais pelo Tratado de Versalhes (artigos 231 a 247). Instalado o governo republicano em 1918, foi deflagrada a assembleia constituinte na cidade de *Weimar*, que iniciou a transição do modelo liberal para o social. A Constituição de *Weimar*, além de garantir os tradicionais direitos e garantias individuais, consagrou a igualdade entre homem e mulher, a proteção à maternidade e à família, a igualdade entre filhos legítimos e ilegítimos, o direito à educação e ao ensino, a proteção ao trabalho, a liberdade de associação, o direito à seguridade social, dentre outros.[28]

---

[26] FELICIANO, Guilherme Guimarães. A cidadania social no Brasil e no mundo: o que ficou e o que virá. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 79, nº 4, out./dez., 2013, pp. 82 -94; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 96-101.

[27] FELICIANO, Guilherme Guimarães. A cidadania social no Brasil e no mundo: o que ficou e o que virá. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 79, nº 4, out./dez., 2013, pp. 82 -94; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 96-101.

[28] AUAD, Denise. Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal Brasileira. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 103, jul./dez. 2008, pp. 337-355; FELICIANO, Guilherme Guimarães. A cidadania social no Brasil e no mundo: o que ficou e o que virá. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 79, nº 4, out./dez., 2013, pp. 82 -94; ALEXY, Robert. Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 93-104; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 96-101; HABERMAS, Jürgen. Sobre a relação entre a nação, o Estado de direito e a democracia. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 161. Leciona HABERMAS que a Constituição de *Weimar* adotou a forma de um Estado de Direito,

A partir das referidas Constituições, surgiram os primeiros direitos fundamentais a prestações sociais, nos quais os direitos seriam realizados através do Estado, não mais contra o Estado, como outrora os direitos previstos no Estado Liberal. Com essa intervenção do Estado para a efetivação dos direitos fundamentais, se pretendia uma ordem social mais solidária e justa.

Ao longo do século XX, o próprio Estado Social sofreu evolução, donde é possível diferenciar dois tipos de Estado Social. O Estado Social marxista, no qual o dirigismo estatal é imposto e se forma de cima para baixo, com a apropriação social dos meios de produção e a respectiva extinção das bases capitalistas. A chamada ditadura do proletariado, todavia, acabou por ocasionar um paradoxal modelo político na antiga União Soviética, tão opressor da dignidade humana quanto o sistema capitalista que pretendia abolir. Por outro lado, o Estado Social das democracias, consolidado na segunda metade do Século XX, embora aceite o dirigismo estatal, este é imposto de baixo para cima, através do consentimento democrático da sociedade, preservando ainda o fundamento capitalista. Esse Constitucionalismo da social-democracia inspirou as Constituições do segundo pós-guerra, uma vez que, diante do perigo do comunismo, as novas Constituições acabaram por consagrar o Estado de Direito Social e Democrático, que representava a conciliação entre o capital e o trabalho, através do atendimento das reivindicações dos trabalhadores por melhores condições sociais e dos anseios dos proprietários dos meios de produção para a manutenção do sistema capitalista.[29]

Em um primeiro momento, o Estado Social das democracias adotou o modelo da Constituição programática, compromissada com a concretização de uma justiça social por meio da declaração de direitos de cunho abstrato e dependentes da intervenção do órgão legislativo. Tinha a tarefa de realizar a

---

destinado a proteger os cidadãos em face de abusos praticados pelo Estado, entretanto, pela primeira vez na Alemanha, integrou o Estado de Direito com o regime democrático.
[29] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167; CALLEJÓN. Francisco Balaguer. A dimensão constitucional do Estado Social de Direito na Espanha. Tradução: Hugo César Araújo de Gusmão. Revista Direitos Fundamentais e Justiça nº 2, jan./mar. 2008, pp.105-131; BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 169-199.

igualdade por meio da intervenção estatal na sociedade e na economia, com o mínimo sacrifício das conquistas provindas do Estado Liberal. Era uma forma de contornar as sucessivas crises do sistema capitalista, conferindo certo dirigismo estatal, sem acabar com a economia de mercado.[30]

Posteriormente, o Estado Social adotou um modelo de valorização dos direitos fundamentais, em que a nova hermenêutica desempenhou papel fundamental para a interpretação e a aplicação das normas constitucionais, conferindo juridicidade e concreção aos direitos fundamentais.[31] Junto com as suas funções de defesa e prestacional, os direitos fundamentais no Estado Social surgiram também como dimensões objetivas definidoras de valores, cuja função não era mais somente controlar o Estado, mas legitimar e estimular a realização dos objetivos materiais pelo Poder Público. Os direitos fundamentais, antes caracterizados pela índole individualista e subjetivista da perspectiva liberal, ganharam também contornos de uma ordem objetiva de valores que caberia ao Estado concretizar em prol da paz e da justiça social.

Por conta disso, esse novo modelo de Estado assumiu um compromisso com o ser humano, em que não bastaria a declaração de direitos de cunho programático, deveria -se conferir normatividade aos direitos fundamentais. A velha hermenêutica formalista positivista, baseada no princípio da legalidade, não se mostrava adequada para a concretização dos novos valores constitucionais. Os novos valores decorrentes da dignidade da pessoa humana careciam de concretização à luz de uma nova forma de interpretação e aplicação da Constituição. Nesse tipo de Estado, a sociedade importava mais que o Estado, onde os objetivos do poder público e do cidadão convergiam para um

[30] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167; pp. 353-366. BONAVIDES denomina este tipo de Estado Social de *'Estado Social do Estado'* ou *'Estado Social das Constituições programáticas'.*

[31] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167; pp. 353-366. Como denomina BONAVIDES, seria o *'Estado Social da Sociedade'* ou *'Estado Social dos direitos fundamentais'*.

mesmo fim, consubstanciado na concretização dos direitos, princípios e valores constitucionais, que permitiam ao homem ser livre, igualitário e fraterno.[32]

[32] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167; pp. 353-366.

CAPÍTULO II – PERSPECTIVA DO DIREITO INTERNACIONAL E DO DIREITO COMPARADO

1- O DIREITO INTERNACIONAL E O SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em um primeiro momento, será abordada a influência dos Pactos Internacionais para a concepção do Estado Social e, posteriormente, serão estudados os ordenamentos jurídico-constitucionais de outros Estados. Isto porque, no período pós-guerras, tanto em nível internacional como interno, houve uma grande preocupação com os efeitos provocados pelo sistema capitalista e com as atrocidades praticadas durante a segunda grande guerra mundial. Havia a necessidade de se estabelecer instrumentos jurídicos eficazes para a proteção do ser humano quanto aos direitos civis, por meio da garantia de direitos de liberdade; quanto aos direitos políticos, para assegurar o princípio democrático e afastar o fantasma dos regimes totalitários; e quanto aos direitos sociais, que permitissem suprir as carências socioeconômicas do ser humano.

No âmbito do direito internacional, os direitos sociais já encontravam previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Devido à discussão sobre sua obrigatoriedade e vinculatividade, decidiu-se por elaborar, ao lado do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais constitui um tratado multilateral, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966 e previu o dever dos Estados Nacionais de respeitar, de proteger e de promover os direitos sociais. O dever de respeitar os direitos sociais implicou em normas que vinculavam diretamente os Estados, uma vez que os deveres de proteção e promoção dos direitos sociais dependiam da realidade de cada país signatário. Conforme determina o artigo 2º, item 1, a promoção dos direitos sociais previstos no pacto deve ocorrer de forma progressiva, através de medidas legislativas e de acordo com o máximo de recursos disponíveis.

Embora o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais tenha tido um papel importante para a disseminação dos valores do Estado Social pelos ordenamentos jurídicos internos, no início da década de 90, um processo de internacionalização e acumulação do capital, propiciado pela globalização, acabou por obstar a assunção de novas obrigações pelos Estados Nacionais. A partir da formação de um mercado financeiro global, os Estados nacionais ficaram submetidos às imposições de oligopólios transnacionais, em consequência, todas as suas políticas econômicas e sociais ficaram subordinadas às diretrizes criadas pelas grandes empresas multinacionais.[33] Além de ficarem sujeitos às forças do mercado, para atrair e incentivar o investimento do capital dessas empresas transnacionais, muitos Estados Nacionais promoveram a redução da carga tributária, o que gerou a queda de receita e a respectiva insuficiência de recursos para o desenvolvimento de políticas sociais.[34]

Por sua vez, a almejada justiça social através de uma tributação progressiva sobre o rendimento global, proveniente do capital e do trabalho, incidente sobre todos os residentes do país, para o sustento das atividades estatais e a promoção da redistribuição de renda, na globalização se tornou uma verdadeira ficção. A pretensão de tributar progressivamente o rendimento de empresas transnacionais e de profissionais altamente qualificados resulta na deslocalização do capital, importando que a tributação progressiva do rendimento ocorra somente sobre os ganhos dos trabalhadores. A tentativa de

[33] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 66-107; SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 41-125; SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 97-144; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 25-46; MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 37-40; HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 195; pp. 262; pp. 295. Estas empresas são responsáveis por dois terços do comércio mundial, difundem novas tecnologias, atuam preponderantemente no mercado financeiro e muitas movimentam quantias anuais superiores ao produto nacional bruto da maioria dos países.

[34] NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do estado social. Revista Tributária e de Finanças Públicas nº 2009 – RTRIB 88, pp. 269-307; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 11-46.

tributação dos mais ricos para a promoção da justiça social se tornou ineficaz no mundo globalizado. [35]

A globalização ainda acarretou consequências diretas no sistema democrático representativo. Além da imposição da lógica do mercado sobre o procedimento democrático, por meio de uma *'economização da democracia'* e de uma *'ditadura dos mercados financeiros'*[36], constata-se uma grande influência das corporações multinacionais nas decisões dos representantes dos cidadãos, para adotarem medidas que sejam favoráveis aos seus negócios.[37] As limitações impostas à capacidade de decisão política do Estado Nacional representam restrições não só ao Estado Social, mas também ao Estado democrático.[38]

O consumismo desenfreado propagado pela globalização também produziu consequências em razão do impacto sobre o meio ambiente. A lógica capitalista transforma bens ambientais em bens patrimoniais, por meio de um processo predatório que gera o aumento da poluição do ar, da produção de

---

[35] NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do estado social. Revista Tributária e de Finanças Públicas nº 2009 – RTRIB 88, pp. 292. Conforme CASALTA NABAIS "(...) pretender tributar os juros, os royalties, os dividendos e outros rendimentos provenientes do capital com taxas e alíquotas progressivas, é convidar à deslocalização dos capitais. E o mesmo vale, a seu modo, para os trabalhadores e profissionais altamente qualificados, os quais também se podem deslocalizar facilmente."
Como solução para a tributação dos mais ricos, que facilmente escapam à tributação do rendimento, o autor propõe a tributação do consumo, já que os ricos consomem mais que os pobres.

[36] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A dimensão constitucional do Estado Social de Direito na Espanha. Tradução: Hugo César Araújo de Gusmão. Revista Direitos Fundamentais e Justiça nº 2, jan./mar. 2008, pp.113. Expressões utilizadas pelo autor.

[37] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 66-86; SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 41-125; SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 97-144; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 11-46; HABERMAS, Jürgen. A soberania popular como processo. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 31-60; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constitucionalismo Político e Constitucionalismo Societal num mundo globalizado. *In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 281-300.

[38] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A dimensão constitucional do Estado Social de Direito na Espanha. Tradução: Hugo César Araújo de Gusmão. Revista Direitos Fundamentais e Justiça nº 2, jan./mar. 2008, pp.113. Segundo CALLEJÓN, "As limitações à capacidade de decisão política interna não são só limitações ao Estado Social senão também limitações ao Estado democrático."

resíduos sólidos e da temperatura na terra, resultando em um processo de desertificação, de propagação de doenças e de falta de alimentos, que tem um impacto direto sobre a vida dos mais necessitados.[39]

A globalização ainda interferiu diretamente na vida de cada indivíduo, impondo os valores do mundo ocidental a todas as nações, que são difundidos pelos meios de comunicação e acarretam efeitos diretos na forma como o indivíduo desenvolve seu plano de vida, em que as suas prosperidade e sobrevivência passam a ser a única meta. O ser humano passa a ser analisado como produto e produtor, de acordo com a utilidade daquilo que produz e da capacidade que possui para consumir, todos aqueles que não têm condições de se adaptar aos valores do sistema capitalista global são dele excluídos. O exercício de direitos de forma egoísta e sem observância da perspectiva coletiva é o resultado desse estilo de vida capitalista, gerando a redefinição dos institutos de direito privado (como a concepção de família, de casamento e de propriedade).[40]

A partir de uma teoria cosmopolita, compreendeu-se que, diante dos riscos globais, a simples percepção nacional não possui aptidão para influenciar nas ações políticas, sociais, econômicas, ambientais e culturais. Na era global, a transformação social depende de uma reflexão cosmopolita, através de uma cooperação entre os Estados, do reconhecimento das diversidades culturais, de

---

[39] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 165-216; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 25-46.

[40] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 97-158; BRUNET, Karina. Crise do Estado: participação e solidariedade. Revista de informação legislativa, v. 38, n. 152, p. 205-214, out./dez. 2001; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 66-86; DUPAS, Gilberto. Economia Global e Exclusão Social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo. Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1999, pp. 17; SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 97-144; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 25-46; MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 37-40.

uma nova concepção de direitos humanos, da garantia da autodeterminação dos povos e de uma nova ideia de solidariedade mundial.[41]

Valendo-se do conceito Kantiano de paz perpétua, o direito cosmopolita consiste em superar o entendimento de que o direito internacional se destina a regulamentar somente as relações havidas entre os Estados Nacionais, para também alcançar o sujeito de direito individual, tornando o indivíduo um cidadão político de um Estado e, ao mesmo tempo, um cidadão cosmopolita, que merece tratamento livre e igual como membro de uma comunidade internacional. O cidadão de cada país passa a ser considerado como sujeito de direito no âmbito internacional e a gozar de um sistema de dupla proteção, tanto interno de cada país como externo. Além da proteção conferida no âmbito nacional, as Nações Unidas devem conferir proteção aos direitos humanos, instituindo órgãos de supervisão para elaboração de relatórios sobre direitos sociais, econômicos e

[41] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 97-158; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 99-103; NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do estado social. Revista Tributária e de Finanças Públicas nº 2009 – RTRIB 88, pp. 269-307; CALLEJÓN. Francisco Balaguer. A dimensão constitucional do Estado Social de Direito na Espanha. Tradução: Hugo César Araújo de Gusmão. Revista Direitos Fundamentais e Justiça nº 2, jan./mar. 2008, pp.105-131; SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 41-125; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 11-58; HABERMAS, Jürgen. O Estado nacional europeu – sobre o passado e o futuro da soberania e da cidadania. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 195; HABERMAS, Jürgen. Inclusão: integrar ou incorporar? Sobre a relação entre nação, Estado de Direito e democracia. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 262; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constitucionalismo Político e Constitucionalismo Societal num mundo globalizado. *In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 281-300. Conforme SANTOS (SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 119): "(...) começa a emergir um novo jus- naturalismo assente numa nova concepção dos direitos humanos e do direito dos povos à autodeterminação, e numa nova ideia de solidariedade, simultaneamente concreta e planetária."

culturais, assim como procedimentos de apelação para o caso de violação de direitos políticos e civis.[42]

Certa doutrina defende o conceito de uma Constituição Global dos direitos fundamentais[43] e de um *Societal Constitutionalism.*[44] A primeira concepção pretende que os direitos fundamentais sejam o ponto de partida para uma Constituição Global, que vincule não só as instâncias políticas, mas também econômicas, com a respectiva imposição de deveres. Por sua vez, através de constituições sociais globais sugere-se a existência de diversos subsistemas sociais- internacionais, com a mesma função reguladora de uma Constituição. Como a globalização impacta diversos domínios da vida em sociedade (política, economia, meio ambiente, cultura), esses subsistemas seriam limitados a regular determinadas áreas sociais, fora da arena política.

2- O ORDENAMENTO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL NORTE-AMERICANO

A - DISCUSSÃO ENTRE LIBERAIS LIBERTÁRIOS E LIBERAIS IGUALITARISTAS

O estudo comparado propicia a melhor compreensão dos institutos que se projetam para os sistemas constitucionais existentes e, no presente trabalho, permitirá uma análise ampla do princípio da socialidade. A importância conferida

[42] HABERMAS, Jürgen. A ideia Kantiana de paz perpétua – à distância histórica de duzentos anos. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 281- 339.
[43] ROSAS, Allan. State Sovereignty and Human Rights: Towards a Global Constitutional Project. In Political Studies, XLIII, 1995, pp. 61 e ss. *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constitucionalismo Político e Constitucionalismo Societal num mundo globalizado. *In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 289.
[44] SCIULLI, David. Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory (American Sociological Association Rose Monographs). Cambridge: Cambridge University, 1991, *apud* CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constitucionalismo Político e Constitucionalismo Societal num mundo globalizado. *In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 289.

ao princípio não é uniforme nos sistemas jurídicos em todo o mundo, há diferença principalmente quanto aos benefícios sociais que se deseja proporcionar aos cidadãos, como também pelos objetivos que se pretende priorizar. Alguns oferecem uma ampla rede de serviços, ao passo que outros procuram oferecer segurança social básica, deixando à responsabilidade dos cidadãos o custeio de grande parte dos serviços de segurança social que usufruem.[45]

Mesmo nos Estados que adotaram uma Constituição de forte cunho liberal discute-se a necessidade de se conferir alguma prestação mínima ao cidadão desprovido de recursos. Exemplo disso seria a Constituição Americana, que não prevê expressamente direitos sociais, inobstante, principalmente após a Grande Depressão e a Segunda Grande Guerra, ter havido uma preocupação em assegurar um mínimo de prestações estatais. No que se denominou "*The Second Bill of Rights"*, inúmeros direitos sociais encontraram previsão em Constituições Estaduais e em leis federais, como forma de assegurar a liberdade, a igualdade e a felicidade do cidadão norte-americano.[46]

---

[45] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 538-582; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 497-498; AMARAL, Diogo Freitas do. Os sistemas de direito público económico em democracia. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 27-41; MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 37-40. Como menciona JORGE MIRANDA (MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 37-40), existem Constituições que expressamente definem o Estado como Social: alemã (artigo 20), francesa (artigo 1º), romena (artigo 1º, n 3), búlgara (preâmbulo), colombiana (artigo 1º), russa (artigo 7º), ucraniana (artigo 1º). Outros, como os EUA, embora não haja previsão na Constituição, também oferecem serviços sociais.
Por sua vez, AMARAL (AMARAL, op. cit., 2012, pp. 27-41) aduz que o sistema de direito econômico adotado pelos atuais Estados Democráticos poderia ser de um Welfare State mínimo ou de um Welfare State amplo, sendo o primeiro característico do sistema norte-americano, cujo modelo típico é o capitalismo conservador- liberal e os impostos são moderados. Por sua vez, o segundo modelo seria próprio do modelo capitalista da social- democracia, próprio dos sistemas inglês, francês e sueco, em que o serviço público seria prestado pelo próprio Estado ou por empresas privadas e os impostos seriam elevados.
[46] PINTO, Ricardo Leite. O papel do Supremo Tribunal no Sistema Político-Constitucional Norte Americano e a questão da "politicidade" da Justiça Constitucional: a decisão sobre a lei da reforma dos cuidados de saúde. In: Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, V. I, Editora Almedina, Coimbra, 2012, pp. 215- 235; OFFE, Claus. Trabalho e Sociedade: Problemas estruturais e perspectiva para o futuro da Sociedade

O debate que surgiu no cenário político norte-americano desde o *New Deal*, entre os defensores de uma economia de mercado e aqueles que propõem um Estado de Bem-Estar, reflete no meio jurídico a divisão entre os liberais libertários e os liberais igualitaristas. [47]

A doutrina liberal norte-americana (tanto libertária como igualitária) surgiu da crítica ao utilitarismo. Em suma, o utilitarismo defendido por Jeremy Bentham e John Stuart Mill pretendia que a justiça tivesse como fundamento a utilidade para o bem-estar coletivo, sem levar em consideração a distinção entre os indivíduos. Com base nos ensinamentos de Kant, de que cada pessoa deve ser tratada como um fim, não apenas como meio, Rawls e Nozick questionaram o fundamento da utilidade no bem-estar coletivo e propuseram uma teoria baseada em direitos, com a finalidade de assegurar a mais completa liberdade aos indivíduos.[48]

---

do Trabalho. Volume II – perspectivas. Tradução de Gustavo Bayer e Margit Martincic, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2011, pp.119-121.

[47] SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 99-106; pp. 243-244.

[48] SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 99-106; pp. 243-244. Defensor do liberalismo, DWORKIN (DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo, 2011, pp. VII-XV; pp. 274-282) critica o positivismo jurídico (o que é direito) e o utilitarismo econômico (o que o direito deve ser), já que o primeiro sustenta a verdade de fatos que dão ensejo às proposições jurídicas e são adotadas por instituições sociais e o utilitarismo assegura que o direito e as suas instituições devem ser instrumentos para o alcance do bem-estar geral. Sustenta o autor que o positivismo rejeita a ideia de que possam existir direitos anteriores à legislação estatal e o utilitarismo não admite a crítica à decisão legislativa que se baseie no bem-estar geral. Baseado na Teoria de Justiça de RAWLS, DWORKIN conclui que a concepção de justiça deve ter como pressuposto um direito natural de que todos os homens sejam tratados com igualdade de consideração e de respeito pelas instituições políticas, sendo certo que tal direito natural teria como base um direito natural à liberdade e à igualdade.

No âmbito do liberalismo orientado para os direitos, há divergência entre os liberais libertários e os liberais igualitaristas. NOZICK[49], FRIED[50], HOPPE[51], ROTHBARD[52] e HAYEK[53], baseados na economia de mercado, propõem que as liberdades civis e políticas são tão importantes que considerações de bem-estar geral não lhes pode sobrepor. Políticas governamentais redistributivas, que redirecionem recursos dos mais ricos para os mais pobres, seriam violadoras desses direitos fundamentais. O Estado não deve utilizar o seu poder coercitivo para redistribuir a riqueza, muito pelo contrário, deve respeitar o direito de cada um de colher os frutos provenientes do seu talento individual, tal como propagado na economia de mercado. A função do Estado seria somente de respeitar a liberdade do indivíduo e de proteger os seus direitos contra os demais membros da sociedade, por isso, a ajuda às pessoas mais carentes da sociedade não seria uma questão de direito, mas de caridade.

A doutrina neoliberal preconizada por ROTHBARD [54] entende que o Estado seria o meio legal pelo qual se depreda a propriedade privada em favor de uma casta parasita da sociedade. Sustenta o autor que haveria duas formas de se produzir riquezas, uma seria o meio natural através da garantia da propriedade e do livre mercado em favor da produção, já a outra seria o meio político em que se desvia a produção para um indivíduo ou um grupo de

[49] NOZICK, Robert. Anarchy, State and Utopia, 1974 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 243-244.
[50] FRIED, Charles. Modern liberty and limits of government. Ed. Norton & Company, New York, 2007, pp. 144. Defensor do ideal libertário, FRIED consignou que "A nossa liberdade é desenhada pelos direitos que possuímos: direitos de uns contra os outros, que o governo deve proteger, e direitos contra o Estado, que ele deve respeitar. Nesse sentido, em um Estado Moderno, o governo é um amigo indispensável da liberdade, e também sua maior ameaça."
[51] HOPPE, Hans- Hermann. Democracia, o Deus que falhou – a economia e a política da monarquia, da democracia e da ordem natural. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. Editora Instituto Ludwig von Mises do Brasil, 1ª Edição, São Paulo, 2014, pp. 221-222; pp. 223-240.
[52] ROTHBARD, Murray N. A Anatomia do Estado. Tradução de Tiago Chabert. Ed. Instituto Ludwig von Mises- Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2012, pp. 7-49.
[53] HAYEK, Friedrich. The Constitution of Liberty, 1960 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 243-244.
[54] ROTHBARD, Murray N. A Anatomia do Estado. Tradução de Tiago Chabert. Ed. Instituto Ludwig von Mises- Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2012, pp. 7-49.

indivíduos parasitas. Conclui ROTHBARD[55] que o Estado seria uma instituição anticapitalista e destinada a confiscar compulsoriamente o capital privado, portanto, o poder estatal deveria ser contido em favor das forças produtivas e criativas do homem.

Ao contrário do anarquismo, que defende o Estado como um mal que deve ser eliminado, para a doutrina liberal libertária o Estado é um mal necessário, que deve existir dentro de limites restritos de atuação. Na visão de NOZICK[56], o Estado é uma organização monopolista do uso da força e seu único objetivo é proteger os direitos individuais de todos os membros do grupo, qualquer outra função atribuída ao Estado atentaria contra a vida e a liberdade dos indivíduos. A proteção estatal aos direitos dos indivíduos deve ter como fundamento o princípio da justiça de aquisição, segundo a qual o indivíduo tem o direito de possuir tudo que adquiriu de forma justa, e o princípio da justiça de transferência, na qual o indivíduo detém o direito de possuir tudo aquilo que adquiriu justamente do proprietário precedente. Nesse contexto, seria imoral qualquer atuação do Estado que objetivasse a redistribuição de riquezas em favor de uma justiça social.

Por sua vez, Hans- Hermann Hoppe defende que a propriedade privada seria incompatível com a democracia, com o igualitarismo e com o pluralismo cultural. Aduz HOPPE [57] que a "democracia promove degeneração social, corrupção e decadência." HOPPE [58] diferencia os governos de propriedade privada, representados pela monarquia, e os governos de propriedade pública, condizentes com as repúblicas democráticas. Segundo o autor, em fins do Século XX, o republicanismo democrático ocasionou o endividamento público nos Estados Unidos, com o custeio de políticas assistencialistas, e diversos

[55] ROTHBARD, Murray N. A Anatomia do Estado. Tradução de Tiago Chabert. Ed. Instituto Ludwig von Mises- Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2012, pp. 7-49.
[56] NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e utopia. Le monier, Florença, 1981 apud BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed., 11ª reimpressão, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2013, pp. 89-91.
[57] HOPPE, Hans- Hermann. Democracia, o Deus que falhou – a economia e a política da monarquia, da democracia e da ordem natural. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. Editora Instituto Ludwig von Mises do Brasil, 1ª Edição, São Paulo, 2014, pp. 119.
[58] HOPPE, Hans- Hermann. Democracia, o Deus que falhou – a economia e a política da monarquia, da democracia e da ordem natural. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. Editora Instituto Ludwig von Mises do Brasil, 1ª Edição, São Paulo, 2014, pp. 81-107; pp. 235-240.

conflitos sociais. Por isso, como alternativa para a monarquia e para a democracia, defende uma ordem natural. Essa ordem natural implica no reconhecimento de que a civilização humana não passa pela exploração estatal (como na monarquia e na democracia), mas sim pela exaltação da propriedade privada, da produção e dos meios de troca. O resultado da ordem natural, como decorrência dos talentos humanos, estabeleceria uma sociedade não igualitária, hierárquica e elitista. Em razão da riqueza, sabedoria e coragem, oriundas dos talentos humanos naturais, certos indivíduos possuiriam uma autoridade moral. Com fundamento nessa autoridade moral, entende que, em razão dos seus diversos talentos, a elite seria melhor preparada para decidir sobre os rumos do Estado.

Para atingir seus objetivos de garantia da propriedade privada, essa elite liberal libertária deve contar com o apoio da grande massa, através de um processo de manipulação que estimule o instinto natural do ser humano de querer ser livre. Segundo HOPPE[59], a defesa da propriedade privada pelas elites obstaria a adoção de medidas de redistribuição de renda em favor de grupos privilegiados por questões de sexo, raça ou faixa etária e o respectivo parasitismo social, que somente contribuem para o aumento da tributação e da expropriação das riquezas dos produtores.

O pensamento individualista liberal libertário sustenta que a pobreza deriva de fatores pessoais, sendo resultado de um desajustamento ou de uma patologia do indivíduo. Os pobres seriam aqueles que não têm capacidade física ou moral, não possuem motivação ou têm capacidade abaixo da média, ou seja, a pobreza seria um reflexo do talento e do esforço pessoal. De acordo com a doutrina liberal libertária americana, defende HOPPE[60] que os pobres seriam

---

[59] HOPPE, Hans- Hermann. Democracia, o Deus que falhou – a economia e a política da monarquia, da democracia e da ordem natural. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. Editora Instituto Ludwig von Mises do Brasil, 1ª Edição, São Paulo, 2014, pp. 31-74.

[60] HOPPE, Hans- Hermann. Democracia, o Deus que falhou – a economia e a política da monarquia, da democracia e da ordem natural. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. Editora Instituto Ludwig von Mises do Brasil, 1ª Edição, São Paulo, 2014, pp. 221-222; pp. 223-255. No mesmo sentido: MISES, Ludwig von. Socialism: An Economic and Sociological Analisys. Lyberty Fund, Indiana, Indianapolis, 1981, pp. 431-432.
Segundo HOPPE (HOPPE, Hans- Hermann. Democracia, o Deus que falhou – a economia e a política da monarquia, da democracia e da ordem natural. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. Editora Instituto Ludwig von Mises do Brasil, 1ª Edição, São Paulo, 2014, pp. 221-222; pp. 247-249), "(...) uma sociedade em que o direito de

estúpidos e preguiçosos, enquanto os ricos seriam inteligentes e trabalhadores, com isso, alega que o Estado Social promove a proliferação de pessoas intelectual e moralmente inferiores, punindo sistematicamente as pessoas bem-sucedidas e premiando as fracassadas. Isto porque, a pretexto de acabar com a pobreza, com o desemprego, com a doença e com mães solteiras, o resultado da redistribuição de renda seria o subsídio de mais pobreza, desemprego, enfermidade e famílias desestruturadas. A integração forçada, promovida pelo Estado Social, decorrente do desenvolvimento de políticas não discriminatórias que pregam o relativismo cultural e igualitarismo, fomentaria o mau comportamento e a má índole, retirando dos indivíduos o direito de praticar a discriminação como meio de proteção de sua propriedade. A democracia seria o meio pelo qual essas pessoas mal preparadas chegariam ao poder e promoveriam a redistribuição da renda e da riqueza dos mais ricos, por isso, deveria ser deslegitimada.

Com fundamento nessa doutrina liberal libertária, nos Estados Unidos cresce o movimento denominado de *Tea Party movement*, surgido da ala mais radical do partido republicano. Esse movimento é patrocinado por grandes corporações e tem o objetivo de diminuir a carga tributária e reduzir os investimentos em políticas sociais, como a reforma do sistema de saúde proposta pelo governo Barack Obama.[61] Segundo HOPPE[62], com a socialização do sistema de saúde e a regulação estatal do setor de seguros (limitando a

exclusão é totalmente restabelecido para os donos de propriedades privadas seria profundamente não igualitária, intolerante e discriminatória. Haveria pouca ou nenhuma tolerância e mente aberta, as quais são tão caras aos libertários de esquerda. Em vez disso, estar-se-ia no caminho certo no sentido de restabelecer a liberdade de associação e de exclusão implícita na instituição da propriedade privada. (...) Quase instantaneamente, seria reafirmada (restaurada) a normalidade cultural e moral. (...) Sem discriminação constante e implacável, uma sociedade libertária rapidamente erodiria e degeneraria no socialismo assistencialista estatal.

[61] Ver em: SOMIN, Ilya. The Tea Party Movement and Popular Constitutionalism (May 26, 2011). Northwestern University Law Review Colloquy, Vol. 105, p. 300, 2011 (Colloquy on the Constitutional Politics of the Tea Party Movement). George Mason Law & Economics Research Paper No. 11-22. Disponível em: SSRN: https://ssrn.com/abstract=1853645; LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Tradução: Renato Aguiar, Editora Zahar, 1ª Ed., Rio de Janeiro, 2018, pp. 141-168.

[62] HOPPE, Hans- Hermann. Democracia, o Deus que falhou – a economia e a política da monarquia, da democracia e da ordem natural. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. Editora Instituto Ludwig von Mises do Brasil, 1ª Edição, São Paulo, 2014, pp. 232-233.

recusa das seguradoras), houve um incremento na redistribuição de renda às custas de pessoas responsáveis e de grupos de baixo risco, fazendo com que o subsídio para doentes e incapacitados enfraqueça a vontade de trabalhar para o próprio sustento e de levar uma vida saudável.

Com base em uma interpretação textual da Constituição, denominada de originalismo, o *Tea Party movement* defende que a diminuição da intromissão do Estado na economia garante a liberdade assegurada na Constituição. Sob o pretexto da garantia da liberdade e de um crescimento econômico, justificam a degradação ambiental e o aumento da concentração de renda.[63] No campo político, o *Tea Party movement* patrocina campanhas de congressistas e movimentos sociais, com o único objetivo de que os interesses das grandes empresas sejam atendidos.

Por outro lado, defensores do liberalismo igualitarista, baseados nos ensinamentos de John Rawls, argumentam que não se pode exercer as liberdades civis e políticas sem que sejam atendidas as necessidades sociais e econômicas básicas. Por uma questão de justiça, cabe ao governo garantir a cada indivíduo um nível mínimo de bens sociais, como saúde, educação, habitação, rendimento, dentre outros.[64]

A Teoria de Justiça de Rawls é inspirada em Locke, Rousseau e Kant, consiste na reinterpretação construtivista do contrato social. Para RAWLS[65], haveria um contrato social em que os homens temporariamente não teriam conhecimento da sua personalidade, como ambições, convicções, talentos e gostos. A situação de desconhecimento da posição original geraria uma situação de incerteza, na qual os homens escolheriam os princípios de justiça sem levar em consideração seus interesses e, portanto, sem poder negociar princípios que lhes sejam mais favoráveis. Por conta disso, escolheriam dois princípios de justiça, em que cada pessoa deveria ter ampla e igual liberdade política, bem como que não deveria existir desigualdade de renda, poder e riqueza, salvo

[63] HOPPE, Hans- Hermann. Democracia, o Deus que falhou – a economia e a política da monarquia, da democracia e da ordem natural. Tradução de Marcelo Werlang de Assis. Editora Instituto Ludwig von Mises do Brasil, 1ª Edição, São Paulo, 2014, pp. 254.
[64] SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 243-244.
[65] RAWLS, John. Uma Teoria de Justiça. Tradução de Almiro Peseta e Lenita M. R. Esteves. Martins Fontes, São Paulo, 2000, pp. 127-208.

quando fosse para favorecer aqueles que estivessem em pior condição na sociedade (princípio da diferença). Em harmonia com o princípio da diferença, somente seriam justas as desigualdades econômicas e sociais que melhorem as condições dos membros menos favorecidos da sociedade.

Como defende RAWLS[66], o talento individual e o valor que este tem na economia de mercado não podem constituir fundamento para uma justiça distributiva. A adoção do princípio da diferença seria mais razoável do que a simples ideia de talentos, principalmente quando os indivíduos não tivessem conhecimento prévio da sua situação e de seus talentos. Esses argumentos seriam capazes de convencer os cidadãos em uma sociedade democrática acerca da necessidade de incorporação do princípio da justiça distributiva e do princípio da diferença nas políticas públicas e no Direito.

Segundo RAWLS[67], o princípio da liberdade deve ser reconhecido na Constituição, enquanto o princípio da diferença, responsável pela promoção da justiça social, deve ter previsão em nível de legislação infraconstitucional. Assim sendo, os recursos devem ser redistribuídos de acordo com as decisões políticas da maioria. Somente um mínimo social deve ser garantido constitucionalmente, como forma de assegurar as liberdades básicas.

B- A MERITOCRACIA E O PRINCÍPIO DA DIFERENÇA COMO FORMAS JUSTAS DE DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS

Conforme menciona RAWLS[68], como critério de justiça, podem ser adotados três princípios distintos para a distribuição de bens sociais e

[66] RAWLS, John. Uma Teoria de Justiça. Tradução de Almiro Peseta e Lenita M. R. Esteves. Martins Fontes, São Paulo, 2000, pp. 100-107; pp. 136-142; pp. 310-315.
[67] RAWLS, John. O liberalismo político. Tradução Álvaro de Vita. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2011, pp. 8. Leciona RAWLS que "(...) o primeiro princípio, que trata dos direitos e liberdades fundamentais, pode sem muitos problemas ser precedido de um princípio lexicamente anterior que prescreva a satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, ao menos na medida em que satisfazê-las seja necessário para que eles entendam e tenham condições de exercer estes direitos e liberdades de forma efetiva."
[68] RAWLS, John. A Theory of Justice. Oxford, 1971 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 99-107.

econômicos: princípio da liberdade natural, princípio da igualdade liberal e princípio da igualdade democrática.

Segundo o princípio da liberdade natural, seria justa toda a forma de distribuição baseada na economia de mercado e na mera igualdade jurídica formal, que assegure uma igualdade de oportunidades. Esse princípio se identifica com a doutrina defendida pelos liberais libertários, garantindo que os postos sociais mais relevantes sejam ocupados por aqueles que possuam talentos sociais mais importantes. Por conta disso, RAWLS[69] entende que esse princípio seria inadequado por perpetuar a desigualdade social, uma vez que reproduz a distribuição inicial de talentos e de recursos.

O princípio da igualdade liberal pretende remediar as injustiças do princípio da liberdade natural. Não bastaria a igualdade formal, seria necessária a compensação das desigualdades sociais e culturais através de políticas distributivas, oportunidades educativas e reformas sociais. Para todos os setores da sociedade se deve conferir as mesmas condições culturais e de educação, com a finalidade de que as aspirações daqueles que detenham as mesmas capacidades e motivações não sejam afetadas. O sucesso individual não pode ser limitado pela classe social a que pertence a pessoa. Em que pese o progresso em relação ao princípio da liberdade natural, adverte RAWLS[70] que o princípio da igualdade liberal continua a permitir que a distribuição de riquezas e rendimentos seja determinada pela distribuição natural de capacidades e talentos, resultando em uma loteria natural que seria arbitrária do ponto de vista moral.

Como consequência, RAWLS [71] adota o princípio da igualdade democrática, que serve de base para o princípio da diferença. Somente seriam justas as desigualdades sociais e econômicas utilizadas para o benefício dos membros mais carentes da sociedade. Pelo princípio da diferença, existe um

---

[69] RAWLS, John. A Theory of Justice. Oxford, 1971 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 99-107.

[70] RAWLS, John. A Theory of Justice. Oxford, 1971 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 99-107.

[71] RAWLS, John. A Theory of Justice. Oxford, 1971 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 99-107.

acordo para que os talentos naturais sejam um bem comum e para que sejam partilhados os benefícios deles decorrentes. Como aquele que detém um talento natural é apenas seu depositário, não proprietário, não pode reivindicar qualquer direito moral especial sobre os frutos do seu exercício. Dessa forma, eliminar-se-ia a loteria natural, fazendo com que os dons e qualidades individuais sejam utilizados também para melhorar a condição dos menos favorecidos. Como as qualidades naturais são um bem comum, a distribuição com base em um mérito individual é injusta.

A principal distinção apontada entre o princípio da igualdade democrática e o princípio da igualdade liberal seria a meritocracia. A concepção da igualdade liberal utiliza-se do mérito individual como fundamento para sua teoria, em que aqueles que galgaram com seu próprio esforço posições mais elevadas na sociedade merecem esse reconhecimento como fruto de um desempenho individual superior. Para os defensores do princípio da igualdade liberal, as vantagens genéticas e culturais comporiam a ética meritória para se determinar a melhor posição individual. As pessoas seriam diferentes e essas diferenças deveriam prevalecer em uma sociedade que assegurasse a igualdade de oportunidades.[72]

Adotando o princípio da diferença de Rawls, para os defensores do princípio da igualdade democrática, os talentos naturais seriam um patrimônio comum, cujo fruto deve ser partilhado entre toda a sociedade. Ao contrário do que defende a igualdade liberal, o entendimento de que os talentos naturais seriam um bem comum não violaria a liberdade natural individual, uma vez que não seria a pessoa que seria utilizada como meio para se atingir um bem-estar coletivo, mas sim os seus atributos. As qualidades individuais (posses) não se confundiriam com a própria pessoa (eu). A distribuição de talentos naturais não

[72] BELL, D. The Coming of Post- Industrial Society. Harmondsworth, 1973, pp. 453-454 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 107-108. Segundo BELL "(...) a meritocracia constitui uma ênfase nos empreendimentos realizados e no estatuto conquistado pelos indivíduos e confirmados pelos seus pares. (...) Enquanto que todos os homens têm o direito a serem respeitados, nem todos têm direito a serem elogiados."

seria justa ou injusta, trata-se de mero fato natural, o que seria justo ou injusto seria a forma como as instituições lidam com esses fatos.[73]

O entendimento de talentos como patrimônio comum também seria essencial para a ideia de união em sociedade. Com base nas necessidades e potencialidades de cada membro da sociedade, cada um pode participar do resultado final daquilo que foi realizado a partir de valores naturais dos outros. Os objetivos finais dos seres humanos que convivem em sociedade seriam partilhados e as instituições seriam bens comuns. [74] A união em sociedade contrapõe a ideia da igualdade liberal, fundamentada na meritocracia e na consideração dos indivíduos como seres autônomos e completos em si mesmos. União em sociedade pressupõe que os membros da sociedade participem dos talentos um dos outros, de forma que o indivíduo somente se torne completo como participante em uma identidade comum, seja a família, a comunidade, a classe ou o povo. Na medida em que os atributos individuais sejam utilizados para o serviço comum, é provável que cada membro da sociedade não encare seu esforço como um benefício para o outro, mas sim como um contributo para uma comunidade que pertence.[75]

---

[73] RAWLS, John. A Theory of Justice. Oxford, 1971, pp. 102 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 111. Como adverte RAWLS "A distribuição natural não é justa nem injusta, tal como não é injusto que se nasça numa determinada posição social. Trata-se de simples fatos naturais. A forma como as instituições lidam com esses fatos é que pode ser justa ou injusta."

[74] SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 113-118.

[75] SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 113-118. Como bem ensina SANDEL (SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 193-194): "Na medida em que este sentido de participação nas realizações e nos esforços de outros conduz ao autoconhecimento reflectido dos participantes, podemos acabar por olhar para nós próprios, ao longo da vasta gama de atividades que desenvolvemos, menos como sujeitos individuados com certas coisas em comum, e mais como membros de uma subjetividade mais alargada (no entanto determinada), e ver os demais menos como 'outros' e mais como participantes numa identidade comum, seja ela a família, a comunidade, a classe, o povo ou a nação."

A ideia de união social, defendida por RAWLS[76], não se baseia em uma concepção instrumental. O sentido de uma união social de cunho instrumental tem nítido cunho individualista, já que se baseia em um interesse próprio. Nesse caso, os indivíduos julgam as instituições e as regras sociais como um fardo necessário, cooperando somente para que possam atingir seu interesse privado. Ao contrário, RAWLS [77] menciona que os interesses dos membros da comunidade não são antagônicos, mas se complementam com o objetivo de partilharem a mesma finalidade. A partilha dos resultados tem como pressuposto a reciprocidade e a solidariedade.

Ao contrário da ideia instrumental, em que a comunidade seria externa aos objetivos e interesses dos indivíduos que a integram, a união social seria interna aos sujeitos. Por ser interna, englobaria os sentimentos e emoções (fraternidade, amizade, solidariedade, dentre outros) dos membros da sociedade que estejam envolvidos na cooperação. [78] Nesse sentido, para se aferir se uma sociedade é justa, não basta verificar se os seus membros têm o desejo de agir de forma justa. Uma sociedade somente seria justa se sua estrutura for justa, em que seus membros sejam verdadeiramente uma comunidade, no sentido de que haja uma auto- compreensão partilhada daqueles que nela participam.[79]

[76] RAWLS, John. A Theory of Justice. Oxford, 1971, pp. 149 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 199-206.
[77] RAWLS, John. A Theory of Justice. Oxford, 1971, pp. 149 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 199-206.
[78] RAWLS, John. A Theory of Justice. Oxford, 1971, pp. 149 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 199-206.
[79] SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 229-230. Ao contrário de Rawls que prega o primado da justiça sobre o bem, Sandel entende pela primazia do bem sobre a justiça. Como leciona SANDEL (SANDEL, op. cit., 2005, pp. 240-241): “A justiça encontra o seu momento na medida em que não nos podemos conhecer suficientemente uns aos outros, ou nossos fins, para nos governarmos apenas pelo bem comum. Provavelmente, esta condição não desaparecerá por completo e, enquanto isso não se verificar, a justiça será necessária. (...) quando a política funciona devidamente, podemos conhecer um bem em comum que não somos capazes de conhecer sozinhos.”

Rechaçando o critério meritório para distribuição de recursos, DWORKIN[80] também defende o princípio da igualdade democrática através de políticas de discriminação positiva, notadamente como medidas de admissão de minorias étnicas e negros em certas faculdades, como de Medicina e Direito. Seria um mecanismo eficaz de aumentar o número de negros e de outras minorias étnicas em certas profissões, atingindo o objetivo social desejável de diminuição do racismo. Sendo assim, a política não seria justificada com base em um direito dos favorecidos de terem alguma vantagem sobre os demais membros da sociedade, nem por terem um direito de serem recompensados por terem sido discriminados no passado, mas sim por ser uma medida eficaz de combate ao problema nacional do racismo.

Ao analisar o argumento de que a admissão de negros, com resultados mais baixos nos exames de admissão em relação aos outros candidatos brancos, violaria o direito de todos os candidatos de serem julgados com base no mérito, DWORKIN[81] defende que o mérito baseado na inteligência individual não é o único critério utilizado pelas Universidades. Outras qualidades podem ser levadas em conta para os propósitos sociais de que a instituição está incumbida. O fato de ser negro deve ser considerado para o propósito social e, com isso, como critério para admissão.

C – A JURISPRUDÊNCIA DA SUPREMA CORTE SOBRE A INTROMISSÃO DO ESTADO NA ECONOMIA E NA SOCIEDADE

Durante os anos de 1861 a 1865, os Estados Unidos vivenciaram uma guerra civil entre os estados do norte e os estados do sul, motivada por divergências ideológicas e econômicas. Ao final do conflito, foram aprovadas importantes Emendas Constitucionais, como a Décima Terceira, que aboliu a escravidão, e Décima Quarta, que previu a cláusula do devido processo legal e

[80] DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. London, pp. 13-15 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 183-198.
[81] DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. London, pp. 13-15 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 183-198.

da igual proteção da lei. Datada de 1868, a Décima Quarta Emenda Constitucional tinha como objetivo garantir direitos de liberdade, promovendo principalmente uma igualdade formal entre negros e brancos perante a lei.[82]

Embora tenha sido prevista inicialmente na Quinta Emenda (aplicável ao governo federal), a cláusula do devido processo legal substantivo também foi consagrada na Décima Quarta Emenda (aplicável aos Estados), na qual deve ser interpretada e aplicada de forma conjugada com a cláusula da igualdade de proteção.

Baseado na teoria dos limites implícitos, o devido processo legal substantivo previsto na Quinta Emenda era inicialmente invocado para a garantia dos direitos de liberdade contratual no campo de regulação do mercado econômico. Isto porque, nos séculos XVIII e XIX, os direitos de liberdade eram considerados direitos naturais e, com fundamento no devido processo legal substantivo, impunham limites implícitos aos atos praticados pela autoridade governamental que ousassem afrontar a autonomia privada. Os direitos eram atribuídos aos cidadãos de acordo com suas virtudes, como o direito à segurança, à propriedade e à liberdade, e deviam ser assegurados através do princípio da separação de poderes em face de leis que os afrontassem.[83]

No caso *Calder v. Bull* (1798), o *Justice* Chase entendeu que os atos arbitrários do governo deveriam ser invalidados quando afrontassem o devido processo legal substantivo. Em idêntico sentido, observam-se os julgamentos dos casos *Fletcher v. Peck* (1810) e *Terret v. Taylor* (1815), nos quais o devido processo legal substantivo teve como base a teoria de limites implícitos aos atos governamentais. Toda lei que restringisse os direitos de liberdade e propriedade seria considerada como um exercício ilegítimo do poder de legislar, já que ultrapassaria os poderes conferidos pelos cidadãos quando do pacto social. Essa orientação foi adotada no julgamento do caso *Dred Scott v. Sandford*

---

[82] TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. Third Edition – Volume one, New York Foundation Press, New York, 2000, pp.1332-1333; CHOPER, Jesse H., FALLON, Richard H., KAMISAR, Yale & SHIFFRIN, Steven H. Constitutional Law – cases – coments – questions. Ninth Editon. American Casebook series, West Group, St. Paul, Minn., 2001, pp. 279-286.

[83] TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. Third Edition – Volume one, New York Foundation Press, New York, 2000, pp.1332-1381; CHOPER, Jesse H., FALLON, Richard H., KAMISAR, Yale & SHIFFRIN, Steven H. Constitutional Law – cases – coments – questions. Ninth Editon. American Casebook series, West Group, St. Paul, Minn., 2001, pp. 274-279.

(1857), com fundamento explícito no devido processo legal substantivo previsto na Quinta Emenda, a Corte invalidou o Compromisso de Missouri (que restringia a escravidão a certos territórios) e garantiu o direito de propriedade de um dono sobre seu escravo.[84]

Posteriormente, com o advento da Décima Quarta Emenda e a cláusula da igualdade de proteção, o devido processo legal substantivo deixou de ser fundado somente na teoria de limites implícitos. Através do estabelecimento entre meios e fins, o devido processo legal substantivo deveria ser compreendido como uma relação entre os meios legislativos e os seus objetivos. Principalmente nas décadas de 20 e 30 do século XX, na denominada *Era Lochner* (*Lochner v. New York)*, com fundamento no devido processo legal substantivo, a Corte entendia que as leis do Estado de redistribuição do poder econômico e social eram consideradas um objetivo legal inadmissível, uma vez que interferia no direito de propriedade e de liberdade contratual dos indivíduos, que não poderiam ser obrigados a ceder parte de seu patrimônio para os menos favorecidos.[85]

No caso paradigmático *Lochner v. New York* (1905), a Corte Americana rejeitou a norma legal do Estado de Nova York, que limitava a jornada de trabalho semanal dos padeiros, sob o fundamento de que beneficiaria os empregados e acarretaria danos aos empregadores, interferindo indevidamente na liberdade contratual formal de ambos. Segundo consta da decisão, não seria dever do Estado assegurar condições de trabalho decentes aos padeiros, que seriam capazes de lutar pelos seus direitos sem a necessidade de proteção estatal. Seguindo essa orientação, com base no entendimento de que a lei que objetivasse o bem-estar social não poderia prejudicar a liberdade contratual, no julgamento do caso *Coppage v. Kansas* (1915), a Corte entendeu por invalidar uma lei que proibia o denominado *yellow dog contracts*, ou seja, contratos de

[84] TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. Third Edition – Volume one, New York Foundation Press, New York, 2000, pp.1332-1381; CHOPER, Jesse H., FALLON, Richard H., KAMISAR, Yale & SHIFFRIN, Steven H. Constitutional Law – cases – coments – questions. Ninth Editon. American Casebook series, West Group, St. Paul, Minn., 2001, pp. 274-279.

[85] TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. Third Edition – Volume one, New York Foundation Press, New York, 2000, pp.1332-1381; CHOPER, Jesse H., FALLON, Richard H., KAMISAR, Yale & SHIFFRIN, Steven H. Constitutional Law – cases – coments – questions. Ninth Editon. American Casebook series, West Group, St. Paul, Minn., 2001, pp. 286-292.

trabalho que impunham a condição de que os empregados somente poderiam ser contratados se não fossem associados de sindicato.[86]

Durante a década de 30 do século passado, a *Era Lochner* entrou em colapso e o devido processo legal substantivo já não funcionava adequadamente como argumento para impor limites ao poder legislativo na regulação da vida econômica e social. O declínio da *Era Lochner* decorreu de pressões internas e externas. Internamente, já havia decisões na própria Corte que reconheciam a constitucionalidade de leis estatais que tivessem intervindo em favor de um determinado grupo de pessoas e em detrimento da liberdade contratual e da propriedade, como são exemplos *Miller v. Schoene* (1928) e *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* (1922). Outrossim, a mudança de orientação da Suprema Corte também foi propiciada pela alteração de sua composição em quatro de seus membros no ano de 1936. Por outro lado, a realidade provocada pela Grande Depressão constituiu uma importante pressão externa de cunho econômico para o fim do entendimento consubstanciado na Era *Lochner*, na medida em que a intervenção governamental passou a constituir um instrumento econômico essencial para sobrevivência da comunidade, da família e do próprio indivíduo. Havia ainda uma pressão externa social, advinda de críticas de Sindicatos e de grupos sociais, que sugeriam emendas constitucionais para pôr fim à usurpação da competência legislativa do Congresso pela Suprema Corte. Havia também uma pressão política sobre os Juízes da Corte, ocasionada pelo *New Deal* proposto pelo presidente Franklin Roosevelt.[87]

A partir do fim da *Era Lochner*, a necessidade humana passou a ser entendida como resultado de uma escolha consciente do governo, que afeta a vida econômica e social dos indivíduos. O desemprego e a miséria deixaram de ser concebidos como fatos naturais, decorrentes do exercício de direitos naturais de liberdade e de propriedade, que impunham limites implícitos à intervenção estatal. Por conta disso, surgiram doutrinas jurídicas que defendiam que a

[86] TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. Third Edition – Volume one, New York Foundation Press, New York, 2000, pp.1332-1381; CHOPER, Jesse H., FALLON, Richard H., KAMISAR, Yale & SHIFFRIN, Steven H. Constitutional Law – cases – coments – questions. Ninth Editon. American Casebook series, West Group, St. Paul, Minn., 2001, pp. 292-294.
[87] TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. Third Edition – Volume one, New York Foundation Press, New York, 2000, pp.1332-1381.

intervenção estatal para a proteção de grupos incapazes de assegurar os próprios interesses era plenamente necessária e que a Corte seria conivente com a exploração e o sofrimento humanos quando invalidava essa legislação interventiva.[88]

Como resultado, constatou-se uma maior autocontenção judicial quanto às leis sociais e econômicas, uma vez que, como pôde ser observado, na *Era Lochner* a decisão da Corte fundava-se no devido processo legal substantivo para invalidar leis que afrontassem a liberdade contratual e a propriedade. A intromissão estatal na economia e na sociedade deixou de ser entendida como uma afronta à liberdade individual para passar a ser compreendida como um meio justo e racional para combater a subjugação do ser humano ao poder econômico.[89]

A superação da *Era Lochner* transpareceu nos julgamentos da Corte que entenderam pela constitucionalidade da lei de Minnesota sobre a moratória da hipoteca (*Home Building and Loan Ass. v. Blaisdell* – 1934), pelo controle legal do preço do leite em Nova York (*Nebbia v. New York* – 1934) e sobre o estabelecimento de um salário mínimo por lei para mulheres (*Coast Hotel v. Parrish* – 1937). Como também pelo entendimento da validade constitucional de algumas leis importantes para o *New Deal*, como *Fair Labor Standarts Act*, *National Labor Relations Act* e *Agricultural Adjustment Act*.[90]

Após a Grande Depressão, através de um novo modelo constitucional baseado principalmente na cláusula da igualdade de proteção, entendeu-se que o Estado também teria deveres prestacionais, não somente deveres de proteção da liberdade e da propriedade. A autocontenção judicial e a intromissão estatal na área social e econômica importaram no reconhecimento de obrigações positivas ao Estado. Passou-se a entender que a cláusula da igual proteção poderia impor obrigações positivas ao governo, notadamente quando estivessem envolvidas as necessidades humanas básicas, como comida, saúde, moradia e educação.

---

[88] TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. Third Edition – Volume one, New York Foundation Press, New York, 2000, pp.1332-1381.
[89] TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. Third Edition – Volume one, New York Foundation Press, New York, 2000, pp.1332-1381.
[90] TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. Third Edition – Volume one, New York Foundation Press, New York, 2000, pp.1332-1381.

Segundo MICHELMAN[91], a cláusula constitucional da igualdade de proteção deve também ser utilizada para impor ao Estado o dever de uma mínima proteção contra as ameaças econômicas advindas de uma sociedade desigual. Da mesma forma, TRIBE[92] entende que o governo possui uma obrigação afirmativa de, ao menos, prover uma subsistência decente aos indivíduos através do suprimento das necessidades humanas básicas.

Conforme menciona CHOPER[93], os principais argumentos para se considerar as prestações positivas do Estado como direitos fundamentais, destinadas a garantir a provisão para as necessidades humanas básicas, seriam de que os direitos ao bem-estar seriam imprescindíveis à sobrevivência humana; de que a Constituição asseguraria a igual consideração e respeito a todos os indivíduos, negar direitos ao bem-estar seria também negar o direito à igual consideração e respeito; e, por fim, de que a Constituição garante aos cidadãos o direito de participar do processo democrático, incluindo o diálogo político sobre a direção a ser tomada a respeito do futuro do país, por isso, negar direitos ao bem-estar social seria impedir uma efetiva participação no processo democrático. Com essa argumentação, para aqueles que assim entendem, os direitos sociais necessários a prover uma sobrevivência humana decente teriam previsão implícita na Constituição, entretanto, não gozariam de integral eficácia para serem exigidos judicialmente uma vez que dependeriam de questões políticas e financeiras.

Ao contrário das Constituições que consagraram expressamente os direitos sociais, o dever imposto ao Estado Norte-Americano de assegurar as precondições materiais para subsistência humana tem como base a proibição de

---

[91] MICHELMAN, Frank I. The Supreme Court, 1968 Term-Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment, 83 HARv. L. REV. 7, 9 (1969) apud COHEN, Willian & VARAT, Joathan D. Constitutional Law – cases and materials. Eleventh Edition, University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001, pp. 1044-1045.

[92] TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. Third Edition – Volume one, New York Foundation Press, New York, 2000, pp.16-18.
Em sentido contrário, Robert Bork (BORK, Robert H. Commentary — The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution, 1979 Wash. U. L. Q. 695 (1979). Available at: http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol1979/iss3/3.) argumenta que direitos provenientes do bem-estar social são incompatíveis com a Constituição Americana e resultariam em uma inadequada intervenção do Judiciário na política governamental.

[93] CHOPER, Jesse H., FALLON, Richard H., KAMISAR, Yale & SHIFFRIN, Steven H. Constitutional Law – cases – coments – questions. Ninth Editon. American Casebook series, West Group, St. Paul, Minn., 2001, pp. 1405-1406.

práticas estatais que promovam discriminações injustificadas ou privações injustas, baseada na cláusula constitucional da igualdade de proteção. Por conta disso, mesmo as obrigações positivas estatais tendem a encontrar expressão na velha teoria da imposição de limites legais sobre o Estado. Além de impor obrigações positivas ao Estado, esse novo modelo constitucional repercutiu no próprio entendimento do princípio da separação de poderes, na medida em que sua finalidade não deve se restringir mais a impor limites ao Estado para que não intervenha na liberdade dos indivíduos, mas também de que seja assegurada uma real liberdade, a ser alcançada por meio de uma ação governamental e menos em sua passividade.[94]

Algumas decisões da Corte Americana, proferidas entre 1940 e 1970, chegaram perto de reconhecer alguns direitos sociais e econômicos como direitos constitucionais. Entretanto, por conta das indicações para a Suprema Corte promovidas pelo governo Nixon em 1968, a jurisprudência adotou a visão tradicional de que os direitos fundamentais constitucionais não previam direitos a prestações sociais estatais. Por conta disso, as reivindicações de prestações estatais continuaram a ter como fundamento a cláusula constitucional da igualdade de proteção em face de discriminações injustificadas ou privações injustas.[95]

No tocante à intensidade do controle judicial, alguns autores argumentam que para as ações governamentais que distingam pobres e ricos a Suprema Corte deve adotar a mesma intensidade de fiscalização judicial utilizada para as categorias suspeitas. Dessa forma, seria presumida a discriminação baseada em uma situação econômica e, por isso, a Corte utilizaria o *strict scrutiny*.[96]

Inicialmente, no caso *Harper v. Virginia State Board of Elections* (1966), o *Justice* Douglas entendeu que os critérios usados pelo Estado, que sejam baseados em riqueza ou propriedade, seriam tão suspeitos como aqueles baseados em raça e, assim sendo, mereceriam uma justificação especial.

---

[94] TRIBE, Laurence H. American Constitutional Law. Third Edition – Volume one, New York Foundation Press, New York, 2000, pp.16-18.
[95] SUNSTEIN, Cass R. The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever. Basic Books Press, New York, 2004, pp. 154-163.
[96] COHEN, Willian & VARAT, Joathan D. Constitutional Law – cases and materials. Eleventh Edition, University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001, pp. 920-921.

Entretanto, essa orientação não foi seguida nos julgamentos posteriores, como nos casos *Ortwein v. Schwab* (1973), *Harris v. McRae* (1980), *Kadrmas v. Dickinson Public Schools* (1988). Nesses julgamentos, a Suprema Corte entendeu que não havia qualquer identidade entre o critério baseado em riqueza ou pobreza e as categorias suspeitas, por isso, bastaria uma justificativa racional do Estado, segundo o *rational basis test or minimal review*.[97]

No julgamento do caso *Dandridge v. Williams* (1970) pleiteava-se a invalidade de uma política do governo que impunha um limite de valor máximo ao benefício a ser pago a cada família em situação de vulnerabilidade. Esse valor era pago por cada criança existente na família, mas não poderia ultrapassar um valor mensal de 250 dólares. Argumentava-se que, por conta do limite estabelecido de 250 dólares, haveria violação da cláusula de igualdade de proteção uma vez que famílias com um menor número de crianças seriam beneficiadas em comparação com famílias com um maior número de crianças. A Corte entendeu que, na área econômica e social, a política governamental não viola a cláusula da igualdade de proteção, desde que justificada em bases razoáveis, portanto, não poderia a Corte substituir a escolha da maioria.[98]

Em igual sentido, no caso *Harris v. McRae* (1980), em que se discutia financiamento público para abortos pela Seguridade Social, a Corte entendeu que não havia violação da cláusula da igualdade de proteção. Desde que razoável, o Judiciário não poderia interferir nas decisões políticas. Nesse caso, o *Justice* Marshall divergiu da conclusão do julgamento sob o fundamento de que se deveria adotar o critério da *strict scrutiny* para se aferir a constitucionalidade da legislação, uma vez que haveria discriminação entre mulheres ricas e mulheres pobres, concluindo que haveria uma evidente violação da cláusula da igualdade de proteção.[99]

---

[97] COHEN, Willian & VARAT, Joathan D. Constitutional Law – cases and materials. Eleventh Edition, University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001, pp. 920-921.
[98] COHEN, Willian & VARAT, Joathan D. Constitutional Law – cases and materials. Eleventh Edition, University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001, pp. 920-1080.
[99] COHEN, Willian & VARAT, Joathan D. Constitutional Law – cases and materials. Eleventh Edition, University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001, pp. 920-1080.

O mesmo entendimento do julgamento do caso *Harris v. McRae* foi adotado no caso *Lyng v. Castillo* (1986), em que se questionava a validade do Programa de Alimentação Federal, uma vez que estabelecia diversas classes de grupos familiares para efeitos de se beneficiar da política governamental. A orientação foi utilizada também para *San Antonio Independent School Dist. v. Rodriguez* (1973), refutando a alegação de discriminação contra pessoas pobres, que não teriam a mesma educação de qualidade de pessoas mais ricas, por violação da cláusula da igualdade de proteção no financiamento público estudantil, com fundamento em um *rational basis test*. Discordando, os *Justices* Marshall e Brennan entenderam pela aplicação de um *strict judicial scrutiny* quando houver tratamento diferenciado no acesso à educação, em razão de critérios econômicos, considerando a política pública inconstitucional com base na cláusula da igualdade de proteção. [100]

No julgamento de *Plyler v. Doe* (1982), a discussão em torno da aplicação da cláusula da igual proteção existente na Décima Quarta Emenda era se esta garantiria o direito de uma criança imigrante ilegal utilizar da educação gratuita, que era conferida pelo Estado do Texas aos cidadãos americanos e aos imigrantes legalizados. Entendeu a Corte que afrontava a referida cláusula constitucional o tratamento estatal diferenciado conferido aos imigrantes ilegais, em comparação com os cidadãos americanos e os imigrantes legais, na medida em que se estabeleceria uma subclasse que ofereceria seu trabalho barato e não gozaria dos benefícios dos demais componentes da sociedade norte-americana. Na decisão constou expressamente que o direito à educação não seria um direito fundamental garantido pela Constituição e de que os imigrantes ilegais não seriam uma categoria suspeita, entretanto, considerou-se que a justificação de penalizar a criança não seria legítima.[101]

---

[100] COHEN, Willian & VARAT, Joathan D. Constitutional Law – cases and materials. Eleventh Edition, University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001, pp. 920-1080.

[101] COHEN, Willian & VARAT, Joathan D. Constitutional Law – cases and materials. Eleventh Edition, University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001, pp. 920-1080; CHOPER, Jesse H., FALLON, Richard H., KAMISAR, Yale & SHIFFRIN, Steven H. Constitutional Law – cases – coments – questions. Ninth Editon. American Casebook series, West Group, St. Paul, Minn., 2001, pp. 1406-1407.
Mais recentemente, em junho de 2008, a Suprema Corte Americana analisou a constitucionalidade da política de saúde do Governo Barack Obama, que pretendia estender o direito à saúde a cidadãos americanos sem recursos financeiros.

Por sua vez, quando se trata do mínimo existencial, defende-se a utilização do *strict scrutiny* para se verificar a inconstitucionalidade de ato estatal que deixa de prover as necessidades humana básicas, sob o fundamento de que na cláusula constitucional da igualdade de proteção também está inserido o direito à vida. Como o critério do *strict scrutiny* também é utilizado pela Corte quando se trata de violação de direitos fundamentais, deveria ser aplicado quando fossem requeridas prestações necessárias à sobrevivência humana decente.[102]

3- O ORDENAMENTO JURÍDICO- CONSTITUCIONAL ALEMÃO

A- PREMISSAS FILOSÓFICAS SOBRE A LIBERDADE E A FUNÇÃO DO ESTADO

Na fase anterior ao Estado Social na Alemanha, duas vertentes doutrinárias se propunham a explicar a relação do indivíduo com o Estado. Uma com ênfase no indivíduo e sua liberdade; e outra de natureza organicista, com a preponderância no interesse estatal. Ambas tiveram fundamental importância para o surgimento das principais correntes filosóficas que dominaram o século XX, tanto na Alemanha como em todo o mundo, e contribuíram para a formatação do Estado Social.

Questionava-se a constitucionalidade da Lei sob o argumento de que violaria o direito de liberdade impor aos cidadãos a obrigação de contratar seguro saúde, como também infringiria o pacto federativo a imposição de obrigação aos Estados Federados. No julgamento do caso Nacional Federation of Independent Business et. all vs. Secretary of Health and Human Services et. all, a Suprema Corte entendeu pela constitucionalidade da política pública social em detrimento da liberdade individual e do pacto federativo. Em: PINTO, Ricardo Leite. O papel do Supremo Tribunal no Sistema Político- Constitucional Norte Americano e a questão da "politicidade" da Justiça Constitucional: a decisão sobre a lei da reforma dos cuidados de saúde. In: Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, V. I, Editora Almedina, Coimbra, 2012, pp. 215-235.

[102] COHEN, Willian & VARAT, Joathan D. Constitutional Law – cases and materials. Eleventh Edition, University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001, pp. 920-921.

Em uma primeira perspectiva, Kant propôs uma nova forma de conhecimento, que não se ocupava tanto de objetos, mas do modo de conhecer os objetos, através de um método denominado de crítico ou transcendental. Esse método crítico seria diferente dos métodos tradicionais de indução e dedução, uma vez que indicava a parte que cabe à experiência e a parte que cabe à razão. O conhecimento seria regido por princípios inatos, absolutos e invariáveis, anteriores a qualquer elaboração empírica.[103]

A doutrina Kantiana consistia essencialmente em um dualismo, instaurado entre a natureza e o espírito, entre a realidade e o mundo das ideias, entre indivíduo e sociedade, entre matéria e forma, entre ser e dever ser, entre conhecimento e vontade, natureza e moral, causalidade e liberdade. Essas dualidades seriam importantes para a validade do conhecimento e para a incondicionalidade do ideal ético, bem como para separar a esfera do conhecimento (razão pura ou teórica) da esfera dos valores (razão prática). Como resultado, o homem é contemplado em Kant como individualidade ética.[104]

Na teoria de Kant verifica-se uma grande projeção do homem burguês, sendo a liberdade um postulado da razão prática (esfera de valores), derivada da existência da lei moral do homem. A questão para Kant não é se a liberdade existe, mas como é possível a liberdade. Para explicar a liberdade, fundamental o confronto entre o homem como ser empírico e o homem como ser racional.[105]

Defende Kant que, como ser empírico, o homem se submete às leis psicológicas, ao passo que como ser racional ("como coisa em si") ele se sobrepõe a todas as condições empíricas, movido pela força que lhe confere a consciência do dever. A consciência do dever existe no próprio homem e se reflete no domínio de suas ações, como agente supremo da razão, elevando-o a uma ordem moral superior. Essa força que confere a consciência do dever denomina-se imperativo categórico, que constitui o princípio cardeal da liberdade. A liberdade em Kant aparece como uma questão ética, que deixa de ser fato para constituir a referência do homem empírico, consequentemente, o

[103] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 89-118.
[104] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 89-118.
[105] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 89-118.

conceito de natureza tem pouca importância sobre as leis do conceito de liberdade, já que esta seria resultado da autonomia da vontade.[106]

Com base nessa liberdade, KANT[107] conceitua o Direito como "o conjunto de condições mediante as quais a vontade de cada um pode coexistir com a vontade dos demais, segundo uma lei geral da liberdade." Assim sendo, o Direito seria uma regra negativa de limitação da vontade e restrição da liberdade, necessário para coexistência de distintas vontades particulares. Por sua vez, o Estado é definido pelo filósofo[108] como "a união da multidão de homens sob as leis do Direito." A função do Estado seria somente assegurar a convivência social por meio da coação resultante do Direito.

Na teoria contratualista de Kant, o Estado Natural não está alheio ao Direito, no entanto lhe falta um princípio de segurança para a liberdade e para a relação entre os indivíduos, todos dotados da mesma igualdade. Da passagem do *status naturalis* para o *status civilis* surge o Estado com a autoridade para impor-se socialmente através do Direito, com a finalidade de limitar as vontades individuais. O *status civilis* seria, assim, um Estado jurídico, fundado no princípio da certeza, garantia, estabilidade e permanência.[109]

Os princípios fundamentais que o Estado deve assegurar em uma sociedade universalmente justa seria a liberdade de cada membro da sociedade como ser humano; a igualdade de cada um face a todos os outros; e a independência de cada membro da comunidade política como cidadão. O

---

[106] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 89-118.

[107] KANT, Immanuel. Metaphysik der Sitten. Band 42. Der Philosophischen Bibliotek, Verlag von Felix Meiner in Hamburg, 1954, pp. 34-35 apud BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 110.

[108] KANT, Immanuel. Metaphysik der Sitten. Band 42. Der Philosophischen Bibliotek, Verlag von Felix Meiner in Hamburg, 1954, pp. 34-35 apud BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 110.

[109] KANT, Immanuel. Metaphysik der Sitten. Band 42. Der Philosophischen Bibliotek, Verlag von Felix Meiner in Hamburg, 1954, pp. 34-35 apud BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 112. Assevera KANT que "O Homem não sacrificou parte de sua liberdade externa e inata a um fim determinado, quando entrou na comunidade estatal, senão que abandonou a liberdade feroz e anárquica, para reavê-la depois, intacta, na dependência da lei, ou seja, num estado jurídico, visto que esta dependência deriva de sua própria vontade legislativa."

princípio da liberdade garante a cada indivíduo a faculdade de perseguir a própria felicidade, de acordo com sua consciência, entretanto, estaria limitada pela igual liberdade de cada um dos membros da comunidade. Isto quer dizer que, em nome do princípio da liberdade, o Estado não poderia definir quais objetivos pessoais devem ser buscados pelo indivíduo, mas, através da lei e com base no princípio da igualdade, deve assegurar a igual liberdade de todos. Essa igualdade teria uma conotação estritamente formal, com a concepção de submissão de todos à lei, não há qualquer implicação com as condições econômica e sociais. Por outro lado, o conceito de cidadão é restrito, como sendo somente o indivíduo do sexo masculino, adulto e que tenha propriedades para se sustentar.[110]

Em sua divisão de poderes, por conta disso, Kant concebe o Poder Executivo (de acordo com a lei), o Judiciário (segundo a lei) e o Legislativo, este último como o poder soberano e representante da vontade do povo.[111] Baseado na doutrina da autolegislação de Rousseau, Kant propõe um vínculo entre solidariedade e justiça, no qual todos devem decidir o mesmo acerca de todos e em que cada um dos membros da comunidade deve considerar a si mesmo e a todos como um fim em si mesmo, jamais um mero meio. O indivíduo moralmente livre deve ser tanto o autor dos mandamentos morais como o seu destinatário, uma vez que na qualidade de legislador não estaria submetido a uma vontade estranha e, ao mesmo tempo, estaria subordinado às leis que ele mesmo elabora. Nesse sentido, Kant confere a cada indivíduo o direito a ter direitos e a regular a convivência com o outro em sociedade, com a finalidade de que todos possam usufruir de liberdades iguais, conforme leis públicas de coerção.[112]

A atuação limitada do Estado e a valorização da liberdade conferem à Kant o título de grande filósofo do liberalismo do Século XVIII, como defensor da liberdade em face da doutrina absolutista prussiana de Frederico Guilherme II.

---

[110] AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 142-145.

[111] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 89-118.

[112] HABERMAS, Jürgen. Uma consideração genealógica sobre o teor cognitivo da moral. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 79-80; HABERMAS, Jürgen. Inclusão: integrar ou incorporar? Sobre a relação entre nação, Estado de direito e democracia. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 245.

Combateu, assim, o paternalismo implantado pelo monarca, como forma de se manter no poder, que consistia basicamente no argumento de que os súditos não estavam preparados para a liberdade e cabia ao Estado conduzi-los nessa trajetória. Nesse sentido, sua doutrina foi essencial para afirmação histórica do indivíduo enquanto pessoa humana e da sua liberdade.[113] No entanto, não foi possível à Kant prever que a industrialização capitalista acelerada provocaria tensões sociais, com a luta de classes no âmbito da política interna do Estado nacional e com um imperialismo beligerante na arena política externa.[114]

Por outro lado, com a contestação aos dogmas do liberalismo, a doutrina organicista foi defendida por Hegel, baseado nos ensinamentos de Aristóteles, de que a cidade (o todo) é por natureza anterior ao indivíduo (parte). Hegel apresenta fases distintas e contraditórias, inicialmente como entusiasta da Revolução Francesa e democrata iluminista, posteriormente como defensor de Napoleão nas guerras de libertação e, por fim, como ultraconservador, defensor do absolutismo.[115]

A doutrina de Hegel teve a originalidade de se afastar da liberdade individualista, defendida principalmente por Kant, bem como serviu de fundamento ideológico para muitas revoluções ocorridas no século XX. Nesse sentido, Hegel rompe com a doutrina de uma liberdade essencialmente egoísta, responsável por dividir a sociedade, tornando-se a filosofia oficial adotada pelo Estado prussiano durante a monarquia de Frederico Guilherme. Hegel contesta o conceito de liberdade proposto por Kant, na medida em que a liberdade hegeliana é um estado cultural, espiritual e social, ligada intimamente ao desenvolvimento da comunidade, fora da qual o homem jamais poderá ser livre. Isso significa a submissão do indivíduo ao Estado, órgão paternalista que lhe

[113] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 89-118.
[114] HABERMAS, Jürgen. A ideia Kantiana da paz perpétua – à distância histórica de duzentos anos. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 293-294. Como leciona HABERMAS, ao longo do século XIX e até meados do século XX, Estados Nacionais europeus utilizaram o nacionalismo para desviar os conflitos internos e neutralizá-los através dos êxitos da política externa. Somente após a segunda guerra mundial, com o arrefecimento do nacionalismo, foi possível a conciliação entre as classes por meio do Estado do bem-estar social.
[115] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 119-138.

garante benefícios materiais, no entanto, lhe retira a ampla e ilimitada independência de atuação, característica da liberdade do liberalismo.[116]

Para Hegel, a vontade do Estado não seria a *volonté générale* de Rousseau, que tem origem na vontade individual. A vontade do Estado teria autonomia, não seria referida à vontade particular. O Estado seria o fim último, pelo que teria o mais alto direito sobre todo ser humano, ao passo que este teria o mais alto dever por pertencer ao Estado.[117]

Na mesma esteira, critica a concepção da separação de poderes absoluta desenvolvida pelo liberalismo, sob o argumento de que levaria à desintegração do Estado, uma vez que seria baseada em uma relação mútua negativa, responsável por incitar o temor e a hostilidade entre os Poderes. Com base na teoria organicista do Estado, para o autor a independência dos poderes acarretaria a fragmentação da unidade, por isso, deve-se adotar a ideia de interdependência e coordenação orgânica entre os poderes. A unidade entre os poderes seria conferida pelo poder Real, que fundiria os demais poderes (Legislativo e Executivo) em um todo. [118]

Percebe-se, assim, uma nítida contestação do Estado subjetivista cunhado por Kant, cuja existência tinha como única finalidade assegurar o estritamente necessário para a convivência humana. A concepção de Hegel é de um Estado forte, refratário ao abstencionismo e neutralidade do Estado Kantiano. Para tal, Hegel desloca o valor da ética do indivíduo para o Estado.[119]

---

[116] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 119-138.

[117] HEGEL, G. W. F. Saemtliche Werk- Grundlinien der Philosophie des Rechts. 3. Enveraenderte Auflage. Stuttgart, Fr. Frommans Verlag, 1952, pp. 370 apud BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 112. Nas palavras de HEGEL "Cumpre, pois, adorar o Estado como um Deus terreno e reconhecer que, se é difícil conhecer a natureza, infinitamente mais difícil é conhecer o Estado."

[118] HEGEL, G. W. F. Saemtliche Werk- Grundlinien der Philosophie des Rechts. 3. Enveraenderte Auflage. Stuttgart, Fr. Frommans Verlag, 1952, pp. 369 apud BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 135. Segundo HEGEL: "Tomar o negativo como ponto de partida e pôr, ademais, a desconfiança e o lado mau em primeiro plano, bem como sutilizar, de modo solerte, impedimentos que, para se tornarem realidade, precisam apenas de impedimentos contrários, eis o que caracteriza aquela ideia, segundo a compreensão negativa (...)."

[119] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 119-138.

A família e a sociedade civil seriam camadas do espírito objetivo, colocadas abaixo da máxima concretização do espírito objetivo, encarnado no Estado. Nestes termos, a família e a sociedade seriam meios para a realização do fim estatal. Por isso, a aplicação indiscriminada da teoria hegeliana conduz à fundamentação de regimes totalitários, sendo patente, no entanto, que seu autor não tinha em vista esse resultado.[120]

Por outro lado, inicialmente voltada para o combate ao individualismo liberal, decorrente de um direito natural racionalista, posteriormente, a doutrina hegeliana serviria de fundamento para o socialismo científico. Isto porque, para o pensamento hegeliano, não é a sociedade que deve girar em torno do indivíduo, mas sim o indivíduo que gira em torno da sociedade. O Estado soberano hegeliano seria o último reduto de defesa da solidariedade social contra a desintegração social do capitalismo global.[121]

Mais recentemente, já no Século XX, a teoria crítica da Escola de Frankfurt, capitaneada por Jürgen Habermas, propôs uma releitura do materialismo histórico marxista. Segundo o jurista, a ideia de liberdade e igualdade remonta ao conflito entre liberalismo e socialismo. Enquanto o liberalismo reivindicava uma igualdade política e a aplicação de um ordenamento de direito privado, de cunho geral e abstrato, o socialismo questionava a distribuição desigual do poder econômico e a aplicação do Direito como instrumento de manutenção das desigualdades sociais. Menciona HABERMAS[122] que a falta de relevância da democracia para a doutrina de Marx e Engels justifica-se pelo fato de terem encarado o socialismo como uma forma historicamente privilegiada de eticidade concreta e não como um conjunto de condições necessárias a formas de vida emancipadas, em que os próprios intervenientes deveriam chegar a um acordo.

Para o autor, o Estado Social resultou de um compromisso dos sindicatos e partidos operários em se ajustarem ao legado liberal burguês e de renunciarem às promessas de uma democracia radical, em troca de uma universalização dos

[120] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 119-138.
[121] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 119-138.
[122] HABERMAS, Jürgen. A soberania popular como processo. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 31-60.

direitos civis, resultando em uma necessária estatização dos partidos políticos e uma respectiva carência de legitimação democrática. Com isso, defende que o processo democrático do Estado de Direito tem o sentido de instrumentalizar as formas de comunicação necessárias à formação racional de vontade, em que a formação de opinião no âmbito dos órgãos parlamentares seja sensível à opinião informal que emana das esferas públicas autônomas. O surgimento, a reprodução e a influência dessas esferas autônomas seriam dependentes da cultura política de atitude liberal e igualitária. A integração política dos cidadãos e a respectiva legitimidade democrática somente se tornam possíveis por meio de uma solidariedade entre cidadãos, produzida de forma jurídica e abstrata.[123] Por isso, no Estado Social a fronteira entre a autonomia pública e a autonomia privada deve ser fluida e deve estar à disposição da formação de vontade dos cidadãos.[124]

O objetivo da teoria de HABERMAS[125] consiste em uma reconstrução discursiva da personalidade moral de Kant, para tanto, as três dimensões da razão (moral, ética e pragmática) são incorporadas ao âmbito público. Ao contrário da doutrina Kantiana, HABERMAS[126] defende que o princípio da democracia não pode ser subordinado ao princípio moral, uma vez que os direitos e a soberania do povo se pressupõem mutuamente.

---

[123] HABERMAS, Jürgen. A soberania popular como processo. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 31-60; HABERMAS, Jürgen. Será que a democracia ainda tem uma dimensão epistêmica? Investigação empírica e teoria normativa. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 77-121.

[124] HABERMAS, Jürgen. Reconciliación mediante el uso público de la razón. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016, pp. 41-71.

[125] HABERMAS, Jürgen. Reconciliación mediante el uso público de la razón. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016, pp. 41-71; HABERMAS, Jürgen. 'Razonable' versus 'verdadero', o la moral de las concepciones del mundo. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016, pp. 147-181.

[126] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – Entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 1, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 113-116.

A deliberação pública, destinada a priorizar a justiça sobre o bem, deve ser controlada pelo princípio do discurso, por meio do qual somente são válidas as normas em que todos os afetados possam consentir como participantes de um discurso racional. O conteúdo do princípio do discurso (imparcialidade, igualdade, abertura a todos, ausência de coerção e unanimidade) equivalem ao conteúdo de uma moral de respeito mútuo e responsabilidade solidária, podendo ser caracterizado como uma leitura teórico-discursivo do imperativo categórico kantiano. Através de um equilíbrio entre a autonomia privada e a autonomia pública, Habermas intenta blindar os direitos básicos contra as ingerências sociais e, ao mesmo tempo, permite que todos os cidadãos e grupos sociais tenham acesso às decisões públicas.[127]

Embora HABERMAS[128] adote a doutrina neomarxista da Escola de Frankfurt (republicanismo Kantiano) e RAWLS[129] a filosofia moral liberal (liberalismo político), ambos acordam que os princípios que irão regular a ordem social e a vida política somente são legítimos se puderem ser racionalmente aceitos por todos os cidadãos que os vincular. Ambos compartilham a ideia de que o procedimento favorece a prioridade da justiça sobre o bem, como são a posição original rawlsiana e as condições ideais do discurso de Habermas. A introdução da argumentação moral mediante o modelo da racionalidade procedimental possibilita o equilíbrio entre a dimensão individual e a coletiva, em

[127] HABERMAS, Jürgen. Reconciliación mediante el uso público de la razón. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016, pp. 41-71; HABERMAS, Jürgen. 'Razonable' versus 'verdadero', o la moral de las concepciones del mundo. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016, pp. 147-181.

[128] HABERMAS, Jürgen. Reconciliación mediante el uso público de la razón. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016, pp. 41-71; HABERMAS, Jürgen. 'Razonable' versus 'verdadero', o la moral de las concepciones del mundo. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016, pp. 147-181.

[129] RAWLS, John. Réplica a Habermas. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016, pp. 75-143.

que a autonomia pessoal se sujeita a considerações de índole geral que facilitam a reconciliação entre subjetividade e generalidade. Assim sendo, tanto Habermas como Rawls acreditam ter superado o conflito entre a liberdade dos antigos (liberdade positiva) e a liberdade dos modernos (liberdade negativa), também caracterizada pela tradição liberal de Locke e a doutrina democrática de Rousseau ou entre a autonomia pública e a autonomia privada (Habermas) ou entre a democracia e os direitos individuais (Rawls).[130]

[130] RAWLS, John. Réplica a Habermas. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016, pp. 75-143; HABERMAS, Jürgen. Reconciliación mediante el uso público de la razón. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016, pp. 41-71; HABERMAS, Jürgen. 'Razonable' versus 'verdadero', o la moral de las concepciones del mundo. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016, pp. 147-181; VALLESPÍN, Fernando. Introducción: Una disputa de familia: el debate Rawls-Habermas. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016, pp. 9-37. Em que pesem os pontos comuns, HABERMAS crítica a teoria de RAWLS sob três aspectos. Uma primeira crítica é dirigida à concepção da posição original de Rawls como forma inadequada de explicar e assegurar um juízo imparcial dos princípios de justiça. Para Habermas, o véu da ignorância da posição original gera uma carga de prova pesada, em que Ralws necessita de recorrer aos conceitos substantivos básicos para construir o seu conceito de posição original. Para tanto, Habermas defende um procedimento aberto de uma práxis argumentativa sob os pressupostos do uso público da razão e que não exclua o pluralismo consistente nas convicções e visões do mundo. Outra crítica seria a ausência de rigor na separação entre as questões de fundamentação e as questões de aceitação, em que Rawls pretende comparar a neutralidade de sua concepção de justiça frente às concepções do mundo, ao custo de uma validade cognitiva. Por fim, como consequência das duas críticas anteriores, Habermas conclui que na construção do Estado de Direito de Rawls há uma prevalência dos direitos básicos sobre o princípio democrático, acarretando uma desarmonia entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Em sua réplica, publicada no mesmo *"The Journal of Philosophy",* RAWLS inicia por apontar a distinção principal entre a teoria de Habermas e a sua concepção política liberal para um regime democrático, diferença que consiste basicamente na adoção do mecanismo de representação, uma vez que Habermas se baseia na situação discursiva ideal e a sua se fundamenta na posição original. A teoria de Habermas abarcaria diversas questões, além da filosofia política, na medida em que objetiva dar uma explicação geral do significado, da referência, da verdade e da validade da razão teórica e da razão prática para elaboração de uma situação ideal de discurso. Ao contrário da teoria discursiva de Habermas, na sua teoria da justiça como equidade não é necessário um debate razoável e deliberativo entre os cidadãos, já que estes estão protegidos por um direito de liberdade de expressão efetivo. Por outro lado, RAWLS menciona que, ao contrário de Locke e Kant, Habermas nega que a liberdade dos modernos seja um direito moral baseado em uma lei natural

B- O PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO ALEMÃ

A mesma preocupação filosófica acerca da relação entre Estado e indivíduo, inclusive a compatibilização da autonomia privada e da autonomia pública e os limites impostos ao Estado para intervenção na liberdade individual, gerou intensa discussão doutrinaria acerca da interpretação do princípio do Estado Social na Constituição Alemã.

O princípio do Estado Social foi consagrado na Constituição Alemã, no entanto, salvo raras exceções (direito da mãe ao apoio social), não há previsão expressa de direitos sociais. A consagração do Estado Social na Constituição, ocasionou a discussão na doutrina sobre em que medida podem ser incorporados os elementos sociais do Estado Social ao Estado de Direito, sem que este perca suas características constitucionais essenciais.[131] Por conta disso, existem diversas posições doutrinárias sobre a matéria, desde a que entende pela incompatibilidade entre o Estado de Direito e a concretização do Estado Social em nível constitucional, defendida por FORSTHOFF[132], até aquela que defende que a cláusula constitucional do Estado Social deve conceder um

---

ou uma concepção moral (como do imperativo categórico), como resultado o autor alemão critica o liberalismo que, ao basear os direitos em uma moralidade, acaba por sujeitar a ordem legal a um fundamento externo, impondo limites ao direito democrático legitimado e a consequente prevalência da autonomia privada sobre a autonomia pública. No entanto, sustenta Rawls que na sua teoria de justiça como equidade a autonomia pública e a autonomia privada são de igual peso, cooriginárias e nenhuma se impõe à outra, por isso, a legitimidade democrática e a justiça das decisões devem merecer igual importância. As decisões e leis democráticas não são legítimas por serem justas, mas por serem aprovadas de acordo com um procedimento democrático legitimamente aceito. Embora a legitimidade esteja relacionada com a justiça, seu papel nas instituições democráticas é autorizar um procedimento apropriado para tomar decisões sobre conflitos e desacordos na vida política. Por outro lado, a legitimidade das decisões democráticas é dependente da justiça da Constituição, portanto, como deve haver uma conexão interna entre a autonomia pública e a autonomia privada, o justo não tem fundamento exclusivamente procedimental, mas também substancial.

[131] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 35-36.

[132] FORSTHOFF, Ernst. Concepto e esencia del Estado Social de derecho. El Estado Social. Trad. José Puente Egido. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 76-88; FORSTHOFF, E. Begriff und Wesen des sozialen Rechtstaates: VVDStRL 12, 1954, pp. 8-36 *apud* BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 35-36.

mandato pleno de redistribuição social e planejamento econômico, como sustenta ABENDROTH.[133]

Dentre os autores que sustentam que o Estado de Direito e o Estado Social são compatíveis e vinculativos através de uma fusão dos conceitos a nível constitucional, alguns continuam a conferir maior peso ao princípio do Estado de Direito[134], enquanto outros atribuem a mesma dignidade constitucional aos princípios do Estado de Direito e do Estado Social. Neste último sentido, defende HELLER[135] que as instituições do Estado de Direito deveriam ser desenvolvidas em direção à democracia social, que significa a extensão do Estado de Direito material à ordem do trabalho e dos bens patrimoniais. No mesmo sentido, ABENDROTH[136] informa que os três elementos presentes na fórmula Estado de Direito democrático e social constituem uma unidade, em um princípio estrutural da ordem jurídico- constitucional, que não podem ser interpretados de forma isolada. O Estado democrático serve como centro de uma sociedade que se autodetermina e adota políticas de reformas sociais e econômicas como decisões vinculantes.

Na concepção de FORSTHOFF,[137] a concretização do Estado Social e o Estado de Direito seriam incompatíveis a nível constitucional. FORSTHOFF não

---

[133] ABENDROTH, Wolfgang. Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechstaats im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland. In: NFS Bergstraesser, 1954, pp. 279 e ss. apud BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 35-36.

[134] STERN, Klaus. *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts. Strukturprinzipien der Verfassung.* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. München, 1977, pp. 692 *apud* CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 180.

[135] HELLER, Hermann. Rechtsstaat oder Diktatur? J. C. B. Mohr, Türbingen, 1930, pp. 11 *apud* CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 179.

[136] ABENDROTH, Wolfgang. Sociedad Antagonica y Democracia Política. Ediciones Grijalbo, Barcelona- México, 1973, pp. 266-267 *apud* CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 180. Conforme ABENDROTH, "a ordem social e econômica há de ficar à disposição da sociedade que se determina a si mesma no Estado democrático."

[137] FORSTHOFF, Ernst. Concepto e esencia del Estado Social de derecho. El Estado Social. Trad. José Puente Egido. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986, pp. 76-88; FORSTHOFF, Ernst. Begriff und Wesen des sozialen Rechtstaates:

nega a necessidade do Estado Social, aduz somente que devem ser mantidas as condições do Estado de Direito em nível constitucional através da garantia jurídico-constitucional da liberdade, da igualdade jurídica e da propriedade. A concretização do Estado Social não poderia ser realizada pelo Poder Constituinte, seria uma tarefa a ser implementada pelo legislador e pela Administração, uma vez que atribuir o caráter de imediaticidade, imodificabilidade e executabilidade às normas que se refiram a prestações sociais e direitos de participação atentaria contra as próprias garantias do Estado de Direito. Nesse sentido, o significado do Estado Social seria de criar os pressupostos para que a liberdade seja estendida a todos, suprimindo a desigualdade social. Esse objetivo deveria ser alcançado a nível infraconstitucional pela maioria.

Para BÖCKENFÖRDE[138] a questão se resume a definir se, no conceito de Estado Social de Direito, o elemento Estado Social e o elemento Estado de Direito teriam o mesmo alcance, em que as novas exigências do Estado Social deveriam se acomodar às garantias, formas e procedimentos do Estado de Direito, ou, de outro lado, se o novo princípio do Estado Social se contrapõe ao Estado de Direito, caso em que somente conservaria do Estado de Direito algumas características formais, sem qualquer efetividade. Nesse último caso, alerta BÖCKENFÖRDE que não se poderia falar em Estado Social de Direito, dessa forma, o autor entende que os elementos sociais devem se amoldar ao Estado de Direito.

Informa BÖCKENFÖRDE[139] que o Tribunal Constitucional Federal[140] adotou o entendimento de que a previsão do princípio do Estado Social na Constituição consiste em um mandato constitucional ao legislador para atendimento do equilíbrio e da justiça sociais. Ainda, enquanto fim do Estado, o princípio orientaria a interpretação da Constituição e da lei. Como o seu conteúdo

---

VVDStRL 12, 1954, pp. 12 e segs. apud BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 35-36.

[138] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 35-36.

[139] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 34-40.

[140] BverfGE 22, Jugendwohlfahrts– und Sozialhilfe- gesetz *apud* BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 35-36.

deveria ser determinado pelo legislador, não haveria qualquer direito subjetivo a ser extraído diretamente do princípio do Estado Social, salvo um direito a um mínimo para existência condigna. Somente haveria um direito subjetivo justiciável caso houvesse uma desatenção grosseira do Poder Legislativo em cumprir seu dever constitucional e expusesse o indivíduo a um estado de penúria. Por sua vez, essa tarefa do legislador democrático de concretização do princípio do Estado Social estaria submetida às garantias constitucionais do Estado de Direito.

Como informa BÖCKENFÖRDE[141], a sujeição do Estado Social ao Estado de Direito não importou que o princípio do Estado Social resultasse em uma cláusula vazia e sem eficácia, tendo em vista a larga atividade legislativa para concretização deste princípio constitucional na Alemanha. Por outro lado, o princípio do Estado Social também refletiu no conceito do Estado de Direito. Assim sendo, ao contrário do Estado de Direito Liberal em que a lei teria caráter geral e abstrato, para a intervenção do Estado Social na sociedade e na economia admitem-se as chamadas *"leis medidas"*, em que o legislador pode regulamentar situações específicas por meio de atribuição de direitos prestacionais. Além disso, a carga tributária especial para a subvenção das prestações sociais e a promoção do equilíbrio e da justiça sociais não afetaria a garantia do direito de propriedade no Estado de Direito, já que agora esse direito fundamental deve ser interpretado sob a luz do princípio constitucional do Estado Social.

Adotando uma posição que admite a compatibilidade entre o Estado de Direito e o princípio do Estado Social, ALEXY[142] entende que a questão seria definir quais elementos do Estado Social podem ser considerados como assegurados na Constituição. Como consequência da previsão constitucional do princípio da socialidade, menciona o autor que a doutrina alemã apresenta argumentos favoráveis e contrários para a consideração dos direitos sociais como fundamentais.

---

[141] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 34-40.
[142] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 499-519.

Os argumentos favoráveis seriam baseados na garantida da igualdade fática e da liberdade fática (real). Segundo STEIN[143] "(...) A liberdade é real apenas para aquele que tem as condições para exercê-la, os bens materiais e intelectuais que são pressupostos da autodeterminação." A liberdade fática seria condição para que o indivíduo pudesse desenvolver livremente sua dignidade e sua personalidade na comunidade social. Nesse sentido, a garantia conferida pelos direitos fundamentais também deve incluir a proteção da liberdade fática, justificando a atribuição de direitos fundamentais sociais. Além da liberdade fática como pressuposto para o exercício da liberdade jurídica, os argumentos favoráveis ainda contariam com a previsão constitucional do princípio do Estado Social e com o princípio da igualdade fática.

Por sua vez, os argumentos contrários seriam de ordem formal e substancial. Nos termos da objeção formal, há o dilema de que se os direitos fundamentais sociais forem vinculantes haveria o deslocamento da decisão sobre a política social da esfera parlamentar para o Tribunal Constitucional. Como consequência dessa objeção formal, os direitos fundamentais sociais não seriam justiciáveis ou seriam somente em pequena medida, uma vez que o conteúdo da maioria desses direitos seria indeterminado e, por isso, dependeriam de uma atuação política. Portanto, os argumentos formais contrários seriam fundados no princípio democrático e da separação de poderes, no que diz respeito à competência de o legislador democrático decidir sobre a determinação do conteúdo do direito fundamental social.[144]

Ainda no tocante à questão competencial, como os direitos fundamentais sociais demandam recursos para serem exigíveis, a sua justicialidade dependeria da determinação jurídico- constitucional de grande parte da política orçamentária, o que faria com que a gestão do orçamento ficasse em grande medida sob as mãos do Tribunal Constitucional e, consequentemente, houvesse violação da Constituição Alemã.[145]

---

[143] STEIN, Lorenz von. Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage. Vol. 3 (Ausg. Salomon), München: Drei Masken, 1921 (nova edição, Darmstadt, 1959), pp. 104 apud ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 504.

[144] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 499-519.

[145] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 499-519.

O argumento substancial contrário aos direitos fundamentais sociais seria baseado na liberdade jurídica. Para essa vertente, os direitos fundamentais sociais seriam colidentes com as normas constitucionais materiais que garantem a liberdade, uma vez que frequentemente a realização do direito fundamental social depende da imposição de limites aos direitos de liberdade.[146]

Defende ALEXY[147] que a solução para que os direitos sociais sejam considerados fundamentais deve levar em conta os argumentos contrários e os argumentos favoráveis. Segundo o autor, deve-se partir da premissa de que, por se tratar de direitos fundamentais, são decisões constitucionais tão importantes que não podem ser deixadas para decisão da maioria.

Como menciona ALEXY[148], caso se entenda que os direitos fundamentais sociais não sejam vinculantes, haveria a violação da cláusula de vinculação prevista no artigo 1º, §3º da Constituição Alemã (*"Os direitos fundamentais, discriminados a seguir, constituem direitos diretamente aplicáveis e vinculam os poderes legislativo, executivo e judiciário*"). Por conta disso, adotando um programa maximalista, ALEXY entende que a questão envolve sopesamento entre princípios. Em um dos lados da balança deve ser colocado o princípio da liberdade fática e o princípio da igualdade fática e, do outro lado, os princípios formais da competência decisória do legislador democrático e da separação de poderes (incluída aqui a competência orçamentária), bem como os princípios materiais da liberdade jurídica de terceiros, de outros direitos fundamentais sociais e interesses coletivos. Como os princípios não são absolutos, os direitos individuais sociais podem ter maior peso que as razões político- financeiras e os princípios materiais em contrário.

De acordo com o modelo do sopesamento, o direito *prima facie* à liberdade fática é muito mais amplo que o direito em definitivo, bem como tem um caráter vinculante que o diferencia de um simples enunciado programático. O indivíduo

---

[146] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 499-519.

[147] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 511. Sustenta ALEXY que "(...) os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples."

[148] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 499-519.

teria o direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática detivesse um peso maior que os princípios materiais e formais colidentes. Como a cláusula de restrição não poderia esvaziar a liberdade fática, ao menos deveriam ser assegurados direitos sociais mínimos como direitos definitivos, como por exemplo, o mínimo existencial, moradia simples, educação fundamental e média, educação profissionalizante e um patamar mínimo de assistência à saúde.[149]

Por outro lado, a concepção minimalista da doutrina alemã entende que deveria ser assegurado somente um direito subjetivo a uma prestação social mínima como forma de assegurar o exercício do direito de liberdade. Isto porque os direitos de liberdade somente teriam plena efetividade quando fossem asseguradas prestações materiais mínimas, que permitissem aos titulares do direito o exercício da liberdade. Nesse caso, seria conferida uma fundamentalidade aos direitos sociais através da referência aos direitos de liberdade, situação em que deteriam aplicabilidade direta e recurso ao Tribunal Constitucional, ou seja, consistiriam em direito subjetivo a ser reivindicado judicialmente. Tudo que sobrepusesse ao conteúdo mínimo do direito social dependeria da intermediação do legislador democrático. Com isso, o direito ao mínimo existencial seria denominado de direito originário à prestação, uma vez que garantido diretamente pela Constituição por meio do princípio do Estado Social. Por outro lado, os direitos derivados à prestação seriam os direitos criados pelo Legislador, cuja garantia se daria através da tese da proibição do retrocesso.

Embora tenha havido uma renúncia consciente do Poder Constituinte em prever direitos subjetivos a prestações na Constituição Alemã, houve intenso debate no âmbito da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal sobre um dever objetivo do Estado e um direito subjetivo a ações positivas. A primeira decisão do Tribunal Constitucional[150] sobre direitos a prestações foi proferida em 1951 e versava sobre a assistência social. Nessa decisão, o Tribunal Constitucional afirmou que a Constituição (artigo 1, § 1º) não obrigava o Estado

[149] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 499-519.
[150] *BVerfGE* 1, 97 (104-105). Em: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 436-437.

a oferecer proteção em face de necessidades materiais e, com isso, não haveria um direito fundamental à assistência correspondente (artigo 2º, §2º, 1). Entretanto, ressalvou que isso não significava que o indivíduo não tivesse nenhum direito constitucionalmente garantido à assistência, uma vez que poderia surgir esse direito quando o legislador se abstivesse arbitrariamente (sem razões objetivas) de realizar o princípio do Estado Social.

Mais tarde, em 1975, ainda quanto à assistência social, o Tribunal Constitucional[151] entendeu que o princípio do Estado Social imporia o dever estatal de prestar assistência aos mais necessitados. Com isso, o auxílio social deveria ser prestado aos indivíduos com vulnerabilidades físicas ou psíquicas, que não possuíssem condições de se sustentar, como forma de garantir as condições básicas para uma existência humana digna. Assim, o Tribunal Constitucional acabou por adotar o entendimento doutrinário acerca da existência de um direito fundamental a um mínimo existencial, caracterizado como um direito fundamental social implícito na Constituição.

Essa jurisprudência restou reafirmada em 1999[152], no julgamento da Reclamação Constitucional proposta pelo Sindicato da Indústria Metalúrgica Alemã em face de normas do Código de Direito Social. Entendeu o Tribunal Constitucional Alemão que o princípio do Estado Social contém uma ordem direcionada ao legislador que o obriga a harmonizar as contradições sociais, bem como determina que o Estado preste assistência social a indivíduos ou grupos que, em virtude de condições pessoais ou desvantagens sociais, estejam impedidos de alcançar seu desenvolvimento pessoal ou social.

Por outro lado, na primeira decisão sobre *numerus clausus*, o Tribunal Constitucional Alemão[153] diferenciou o direito de participação em instituições de ensino existentes e o direito à criação de novas vagas em universidades. O direito de participação em instituições de ensino estaria fundamentado no princípio do Estado Social, na igualdade e na liberdade fáticas, como forma de

[151] *BVerfGE* 40, 121 (133). Em: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 436-437.
[152] *BVerfGE* 100, 271 (107). Em: MARTINS, Leonardo. Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão. Coleção original: Jürgen Schwabe. Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, Uruguai, 2005, pp. 831- 836.
[153] *BVerfGE* 33, 303. Em: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 438-439.

garantir a livre escolha do estabelecimento de ensino e da profissão. Como resultado, o Tribunal Constitucional manifestou o entendimento de que o direito de liberdade não teria qualquer valor sem os pressupostos fáticos para o seu exercício.

No tocante ao direito a criação de novas vagas universitárias, o Tribunal Constitucional[154] distingue um direito abstrato, assegurado constitucionalmente ao indivíduo, e uma pretensão concreta, que pode ser exigida judicialmente pelo indivíduo. O direito abstrato seria um direito *prima facie*, submetido à reserva do possível, enquanto aquilo que poderia razoavelmente exigir da sociedade, por sua vez, o direito concreto seria o direito definitivo. Assim, o Tribunal Constitucional concluiu que *a partida* seria garantido a todo cidadão que terminasse o ensino médio um direito de ser admitido em um curso superior de sua escolha, no entanto, deveriam ser levadas em consideração as possibilidades fáticas e jurídicas para que o direito pudesse ser justiciável.[155]

Por seu desenvolvimento, coerência e solidez, o estudo dos direitos fundamentais da doutrina e da jurisprudência alemãs influenciou vários outros países. Entretanto, a adoção dos conceitos da doutrina alemã deve ser feita com temperamentos nos países que já preveem direitos sociais na sua Constituição[156], uma vez que perde sentido todo o esforço da doutrina alemã em conferir garantia ao direito social como direito fundamental, principalmente em face legislador, quando estes direitos já contam com previsão constitucional.

Por conta disso, embora seja notório o grau de desenvolvimento da dogmática alemã acerca dos direitos fundamentais, seus ensinamentos devem ser adotados com adaptações ao ordenamento jurídico- constitucional brasileiro, sob pena de haver uma interpretação descompromissada com a Constituição.

---

[154] *BVerfGE* 43, 291. Em: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 439.

[155] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 439. Como defende ALEXY, na medida em que o Tribunal sustenta a existência de um direito *prima facie* a prestações, não foi excluída a possibilidade de reconhecimento de direitos definitivos a prestações.

[156] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 435. Como informa ALEXY ao justificar a falta de previsão de direitos subjetivos a prestações na Constituição Alemã: "(...) a Constituição, a partir de seu texto e da história de sua elaboração, tem caráter de uma Constituição de um Estado de Direito burguês, precipuamente orientada por direitos de defesa."

4- O PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO PORTUGUESA

Em Portugal optou-se por adotar o princípio do Estado Social e por prever expressamente os direitos sociais na Constituição. O princípio da socialidade não consta expressamente da Constituição Portuguesa, uma vez que o Constituinte preferiu a designação de Estado de Direito Democrático (artigo 2º), entretanto, é indiscutivelmente acolhido como princípio constitucional e sua consagração decorre de diversas normas constitucionais.[157]

O preâmbulo da Constituição Portuguesa assinala que seria decisão do povo português "(...) abrir caminho para uma sociedade socialista, no respeito da vontade do povo português, tendo em vista a construção de um país mais livre, mais justo e mais fraterno." O artigo 1º ainda prevê "(...) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária", bem como, em nítida referência ao princípio da socialidade, no artigo 2º declara que é objetivo da República Portuguesa a "(...) realização da democracia económica, social e cultural (...)". Por sua vez, ao prever as Tarefas Fundamentais do Estado, o artigo 9º impõe a concretização do princípio do Estado Social. O Título III, Parte I, garante os direitos econômicos, sociais e culturais como direitos fundamentais, bem como a Parte II declara as normas que limitam a livre iniciativa e a propriedade privada.

Como informa CANOTILHO[158], a expressão princípio da socialidade não foi consagrado na Constituição Portuguesa, que preferiu a utilização do enunciado princípio da 'democracia econômica, social e cultural' (artigo 2º). A democracia econômica, social e cultural seria uma consequência lógico- material da democracia política, possuindo a mesma dignidade constitucional do princípio do Estado de Direito e do princípio democrático. No entanto, a democracia

[157] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 291-292.

[158] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 335-345. Segundo CANOTILHO, há um mandado constitucional juridicamente vinculativo que limita a liberdade do legislador quanto ao 'se' da atuação, deixando somente uma margem de liberdade para a conformação política quanto ao 'como' da concretização do princípio da democracia econômica, social e cultural.

econômica, social e cultural apresentaria duas dimensões que a distinguiria do princípio do Estado de Direito e do princípio democrático. Uma dimensão teleológica importa em considerá-la como um objetivo a ser implementado pelo Estado, em um processo público aberto, por outro lado, uma dimensão impositiva constitucional impõe ao Estado o cumprimento de fins e tarefas, com a finalidade de promover uma justiça social.

Embora a Constituição adote o princípio do Estado Social e preveja os direitos sociais como fundamentais, a doutrina portuguesa controverte sobre a importância jurídica jusfundamental conferida aos direitos sociais. Como grande parte das normas que consagram o princípio da socialidade possuem caráter fluido e indeterminado, a sua concretização depende da vinculatividade atribuída aos direitos sociais. Uma vertente tradicional defende que não seria aplicável o mesmo regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias aos direitos sociais, enquanto outra entende pela aplicação do mesmo regime jurídico.

O professor JORGE MIRANDA[159] entende que os direitos de liberdade e os direitos sociais são indissociáveis, constituindo uma unidade axiológica e sistemática na Constituição e na ordem jurídica como um todo. Entretanto, menciona que há diferenças de estrutura, de realização e, respectivamente, de regime. A diferença básica, para JORGE MIRANDA[160], reside em que os direitos de liberdade seriam direitos de agir e têm como característica um respeito e não interferência de outrem. Os direitos sociais constituem direitos de exigir e acarretam uma pretensão a prestações normativas e materiais ou fáticas. Embora a liberdade possa envolver algum aspecto positivo, é essencialmente negativa; ao passo que os direitos sociais são positivos, ainda que possam ser acompanhados de exigências de respeito e não intervenção. Dessa forma, a liberdade será garantida quando menor for a intervenção do Estado, já os direitos sociais serão mais efetivados quanto maior ela for. A segunda diferença

[159] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 171-183; MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 113-131.
[160] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 117-131; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 96-110; MIRANDA, Jorge. Estado social, crise econômica e jurisdição constitucional. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 81-114.

consistiria em que o conteúdo dos direitos de liberdade seria determinado ou determinável ao nível de normas constitucionais, seriam normas preceptivas, por outro lado, o conteúdo dos direitos sociais seria determinado por opção do legislador, constando de normas programáticas. A maior margem de decisão do legislador quanto aos direitos sociais decorreria de que, no limite da sua força jurídica e do conteúdo essencial, deve-se preservar o princípio democrático pluralista. Uma terceira diferença seria a dependência de condições socioculturais e institucionais para a efetivação dos direitos de liberdade e de condições socioculturais, institucionais, financeiras e econômicas para a concretização dos direitos sociais.

Por consequência, JORGE MIRANDA[161] defende a existência de três níveis de regime. Haveria um primeiro nível comum a todos os direitos fundamentais, por meio da aplicação dos princípios comuns da universalidade e da igualdade. Em um segundo nível, haveria também um regime comum, mas com as diferenças ditadas pela estrutura dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, em que incidiriam os princípios da proporcionalidade; da proteção da confiança; da eficácia jurídica dos direitos fundamentais (aplicação imediata, vinculação de entidades públicas e privadas, limitação recíproca e garantia do conteúdo essencial); da tutela jurídica; da responsabilidade civil das entidades, autoridades e funcionários públicos; e os limites materiais de revisão constitucional. Em um terceiro nível, entende que haveria um regime específico. Para os direitos, liberdades e garantias incidiriam os princípios da reserva de lei, do caráter restritivo da restrição, do caráter excepcional da suspensão, da afetação individual apenas se verificados os pressupostos da Constituição e da lei, da autotutela pelo direito de resistência, da responsabilização criminal em caso de violação por autoridades e funcionários públicos e da reserva de competência da Assembleia da República para legislar sobre essa espécie de direito. Por sua vez, aos direitos sociais, econômicos e culturais aplicar-se-iam os princípios da exigência de efetivação pública, da iniciativa social, da democracia participativa, da reserva do possível, da relativa relevância das condições econômicas dos titulares e a regra da competência concorrencial da

[161] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 171-183; MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 261-276.

Assembleia da República e do Governo no tocante aos direitos econômicos, sociais e culturais e das Assembleias Legislativas Regionais, em âmbito regional.

No tocante ao regime específico dos direitos sociais, econômicos e culturais, pelo princípio da exigência de efetivação pública, o Poder Público seria incumbido de promover estes direitos fundamentais para a transformação da estrutura econômica e social, tendo em vista o momento histórico e a situação político- constitucional. Haveria um conteúdo essencial (reserva de dignidade da pessoa humana) que deveria ser resguardado, o que ultrapassasse deveria ser decidido na arena política. Por sua vez, o princípio da iniciativa social decorreria do princípio da solidariedade e acarretaria uma obrigação da sociedade civil participar na concretização dos direitos sociais, econômicos e culturais. O princípio da democracia participativa atribui ao cidadão a participação na formação da decisão político- legislativa, de forma a otimizar a realização do direito e aprofundar a democracia. O princípio da dependência da realidade constitucional determina que a implementação dos direitos sociais depende da existência de recursos. Finalmente, o princípio da relativa relevância das condições econômicas dos titulares, corolário dos princípios da solidariedade e da igualdade substancial, impõe que somente aqueles que necessitem podem ser beneficiários da prestação social devida pelo Estado.[162]

Essa diferença de tratamento jurídico prevista na Constituição Portuguesa de 1976, segundo menciona o grande jurista português, decorreu da necessidade de se conferir garantias eficazes aos direitos de liberdade contra as ameaças à democracia pluralista, em um país que havia recém-saído de um regime autoritário.[163]

---

[162] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 474-502; MIRANDA, Jorge. Estado social, crise econômica e jurisdição constitucional. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 81-114.

[163] MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e os Direitos dos Trabalhadores. In: Direitos Humanos e Democracia. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, pp. 69-77; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 152- 167; MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais – Introdução Geral, Lisboa, 1999, pp. 58-86; MIRANDA, Jorge. Estado social, crise econômica e jurisdição constitucional. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 81-114.

Adotando uma posição ainda mais enfática de defesa de um regime diferenciado, PAULO OTERO[164] aduz que tal distinção decorreria de expressa previsão constitucional e que conferir idêntico valor hierárquico- axiológico aos direitos e liberdades fundamentais e aos direitos econômicos, sociais e culturais seria edificar um Estado Totalitário, em que o coletivo prevaleceria sobre o individual.

Com posicionamento similar, BACELAR GOUVEIA[165] entende que há uma separação de regime jurídico entre os dois grupos de direitos por um critério normativo- formal. Enquanto os direitos econômicos, sociais e culturais têm natureza programática, os direitos, liberdades e garantias são posições subjetivas constitucionalmente positivadas em normas preceptivas.

Também defendendo uma distinção de regime, VIEIRA ANDRADE[166] leciona que os direitos a prestações estatais positivas não estão sujeitos ao regime dos direitos, liberdades e garantias, isto porque estes últimos representariam um núcleo mais próximo da dignidade da pessoa humana, enquanto garantia do indivíduo livre e autônomo. A função primária dos direitos, liberdades e garantias seria de defesa da autonomia pessoal, exigindo uma abstenção estatal, ao passo que os direitos a prestações positivas exigiriam uma atuação do Estado, em que se deve considerar o *'custo social'*, em face da escassez de recursos econômicos (prestações materiais) e diante dos limites do poder estatal em uma sociedade democrática (prestações jurídicas). Em consequência, o regime dos direitos, liberdades e garantias se aplica aos direitos nos quais o seu conteúdo principal pode ser determinado ou determinável a nível constitucional, mas não merece aplicação aos direitos a prestações em que, para além de um mínimo, o conteúdo principal depende de determinação pelo legislador ordinário.

Conforme leciona VIEIRA ANDRADE[167], o regime específico dos direitos, liberdades e garantias está consagrado nos artigos 18º, 19º, 20º, nº 5, 21º, 165º,

---

[164] OTERO, Paulo. Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976. In: 35º aniversário da Constituição de 1976, V. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 37-55.
[165] GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Volume III, 4ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2011, pp. 1072-1075.
[166] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 172-184.
[167] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 184-189.

nº 1º, b, 272º, nº 3º e 288º, d. Em síntese, de acordo com uma perspectiva substancial, consistiria em normas diretamente aplicáveis, na vinculação estrita do legislador, em imposição de condições para intervenção restritiva e na garantia em face de todas as entidades públicas e privadas, por outro lado, no aspecto orgânico, importa na reserva de competência legislativa da Assembleia da República.

Para outra parte da doutrina portuguesa, o regime jurídico aplicável aos direitos sociais, econômicos e culturais seria idêntico ao dos direitos, liberdades e garantias. VASCO PEREIRA DA SILVA[168] defende que todas as espécies de direitos fundamentais possuem dimensão objetiva e subjetiva, como também negativa e positiva. Quando o exercício do direito fundamental dependesse de uma atividade do Poder Público ou da existência de recursos estar-se-ia diante da perspectiva objetiva, ao passo que haveria um direito subjetivo caso a norma constitucional impusesse um dever certo e determinado ao Estado. Esse direito subjetivo decorreria da dimensão negativa do direito fundamental ou, em se tratando da dimensão positiva, quando estivesse envolvido um mínimo para a existência condigna ou quando o legislador democrático já tivesse integrado a norma constitucional. Portanto, pouco importaria o bem jurídico protegido pela norma constitucional (social ou de liberdade), a eficácia do direito fundamental estaria condicionada à dimensão objetiva ou subjetiva e à dimensão positiva ou negativa.

Para o constitucionalista português, [169] a diferença perpetrada pela Constituição seria muito mais política do que jurídica, tanto que a categoria dos direitos análogos serviria para mascarar essa distinção de regimes. Por conta disso, defende que a norma do artigo 18 da Constituição Portuguesa deveria ser aplicável à perspectiva subjetiva do direito fundamental, tanto aos direitos sociais como aos direitos de liberdade, embora a norma constitucional expressamente disponha que somente seria aplicável aos direitos, liberdades e garantias. Já o

[168] SILVA, Vasco Pereira da. Todos diferentes, todos iguais – breves considerações acerca da natureza jurídica dos Direitos Fundamentais. In: Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, V. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 553-583.

[169] SILVA, Vasco Pereira da. Todos diferentes, todos iguais – breves considerações acerca da natureza jurídica dos Direitos Fundamentais. In: Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, V. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 553-583.

regime constitucional dos direitos sociais, econômicos e culturais seria aplicado ao direito fundamental na sua dimensão objetiva, quer se trate de direito social quer seja direito de liberdade.

Por sua vez, sustenta REIS NOVAIS[170] que a previsão de regimes distintos teria sido fruto de seguidos equívocos praticados pelo legislador constituinte no momento de elaboração da Constituição e de sua revisão. No entanto, a falta de técnica do legislador constituinte não retiraria a responsabilidade preponderante da doutrina tradicional pela interpretação e aplicação da norma constitucional, que trata direitos, liberdades e garantias como direitos de primeira classe; direitos de natureza análoga como direitos de segunda classe; e os direitos sociais como direitos de terceira classe, com menor importância jurídico- constitucional.

Segundo REIS NOVAIS[171], o regime privilegiado dos direitos, liberdades e garantias, previsto na Constituição Portuguesa e defendido pela doutrina tradicional, se caracterizaria por um regime material, um regime orgânico e um regime de revisão constitucional, com isso, os direitos, liberdades e garantias contariam com uma proteção material privilegiada (artigos 18º, 19º, 20, nº 5, 21º, 22º e 272, nº 3), com a reserva de competência legislativa atribuída à Assembleia da República (artigo 165º, nº 1, alínea b) e seriam limites materiais de revisão constitucional (artigo 288º, alínea d). Aduz REIS NOVAIS[172] que a adoção pela doutrina tradicional de uma categorização prévia do direito fundamental, para a resolução de uma questão constitucional, pode ocasionar equívocos quanto às margens de controle judicial, a fundamentação e o percurso dogmático. Defende que, em um Estado de Direito, com Constituição em sentido formal, seria inadequado o esforço da doutrina tradicional portuguesa em realizar uma distinção de regimes entre os direitos, liberdades e garantias, os direitos de natureza análoga e os direitos sociais. Isto porque esse entendimento seria

[170] NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 29-68.
[171] NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 111-144.
[172] NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 29-68.

contraditório com uma igual e geral vinculação jurídica das normas constitucionais em relação aos poderes constituídos e às normas ordinárias, assim como com a concepção de indivisibilidade dos direitos fundamentais, baseada no fundamento comum da dignidade da pessoa humana. A Constituição não poderia conferir aos direitos, liberdades e garantias mais proteção do que já lhes é devida por força de sua natureza de norma constitucional, assim como, por essa mesma razão, os direitos sociais deveriam gozar da mesma proteção constitucional.

Adverte REIS NOVAIS[173] que os direitos sociais devem ser levados a sério, não podendo ser considerados como direitos de menor relevância quando comparados aos tradicionais direitos de liberdade. Devido à fundamentalização do direito social, o autor defende que este deve estar submetido a idêntico regime jurídico dos direitos de liberdade. As únicas diferenças de tratamento seriam quanto à competência exclusiva da Assembleia para legislar sobre direitos, liberdades e garantias (artigo 165º, 1, b) e à impossibilidade de invocação de um direito subjetivo em Juízo diretamente de normas de direitos sociais em sua principal dimensão prestacional (artigo 18º, 1).

Considerado o direito fundamental em sua dimensão principal e em abstrato, REIS NOVAIS[174] entende que a diferença entre direitos de liberdade e direitos sociais, quanto à possibilidade de o titular invocar o direito diretamente de preceitos constitucionais, não teria sido fruto da criação do Poder Constituinte, mas decorreria de sua própria natureza. Isto porque haveria uma maior determinação do conteúdo das normas de direito de liberdade, quando comparadas com as normas de direitos sociais, na medida em que os direitos sociais em sua principal dimensão dependeriam de recursos. Devido à limitação

[173] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 366-373; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 291-312; NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 111-160.

[174] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 366-367; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 291-312; NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 107.

de recursos, não seria possível prever na Constituição o grau de acesso individual ao bem social, muito menos esse acesso poderia ser conferido pelo juiz mediante mera interpretação jurídico-constitucional.

Segundo REIS NOVAIS[175], quanto à aplicação direta (artigo 18º, 1), quando for possível determinar o conteúdo da norma de direito social em sua principal dimensão prestacional, a prestação poderia ser exigida e o direito seria diretamente aplicável, notadamente quando se tratar de garantia do mínimo existencial por força do princípio da dignidade da pessoa humana, de garantia do mínimo social assegurado pelo princípio da proibição do défice ou quando a norma for concretizada pelo legislador ordinário.

Por outro lado, ressalta REIS NOVAIS[176] que a diferenciação de regimes deixa de fazer sentido quando for analisada a posição jurídica subjetiva em concreto, uma vez que de um dispositivo constitucional que preveja um direito fundamental poderiam ser extraídas normas de aplicabilidade direta de direitos sociais ou normas de direitos de liberdade não diretamente aplicáveis. Deveria-se distinguir o direito fundamental como um todo e cada uma das faculdades, obrigações, permissões e proibições que compõem o feixe de garantias do direito. Tanto nos direitos de liberdade como nos direitos sociais poderia ser encontrada cada uma dessas faculdades, obrigações, permissões e proibições, com idêntica estrutura, natureza e determinabilidade.

Para REIS NOVAIS[177], há diferentes parâmetros que devem ser aplicados a cada uma das faculdades, obrigações, permissões e proibições que compõem

---

[175] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 366-367; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 291-312; NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 107.

[176] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 366-367; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 291-312; NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 71-96.

[177] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 366-367; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 291-312; NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 71-96; pp. 110-118.

o direito como um todo, para se determinar o conteúdo do direito e a correspondente justiciabilidade. A justiciabilidade do direito fundamental estaria condicionada ao dever estatal envolvido (respeito, proteção ou promoção) e às respectivas reservas de ponderação, do politicamente adequado e do financeiramente possível, bem como à dimensão positiva ou negativa do direito e à estrutura da norma constitucional (regra ou princípio), situação na qual seria totalmente indiferente classificar o direito fundamental em direito de liberdade ou social.

Seguindo posição semelhante, MELO ALEXANDRINO[178] entende que a controvérsia existente na doutrina portuguesa decorreria de perspectivas diferentes de análise. A distinção de tratamento jurídico seria útil quando analisada a dimensão principal do direito fundamental, mas seria sem sentido quando fossem analisados aspectos analíticos do direito.

Inicialmente, o Tribunal Constitucional Português detinha o entendimento de que os direitos sociais, econômicos e culturais eram regidos por um regime jurídico distinto dos direitos, liberdades e garantias. Quando chamado a decidir sobre a constitucionalidade da lei que diferenciava nacionais e estrangeiros para efeitos de aposentação, o Tribunal manifestou entendimento no Acórdão nº 72/02 de que o artigo 18 da Constituição, que prevê os limites aos limites aplicáveis aos direitos de liberdade, não se aplicaria aos direitos sociais.[179]

Posteriormente, no Acórdão nº 88/04, o Tribunal entendeu pela aplicação do mesmo artigo 18 aos direitos sociais. Através de um controle da restrição ao direito social, entendeu que seria inconstitucional a norma que condicionava o reconhecimento do direito a pensão à comprovação de que o sobrevivente em união de fato possuía direito a alimentos devidos pelo falecido. Essa norma do Estatuto das Pensões de Sobrevivência do Funcionalismo Público foi

[178] ALEXANDRINO, José Melo. A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 15-37.
[179] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 377-397; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 102-138.

considerada inconstitucional por violar o princípio da proporcionalidade e da igualdade, previstos no artigo 18.[180]

Seguindo o mesmo entendimento, o Tribunal aplicou o artigo 18 da Constituição ao proferir o Acórdão nº 67/07. Sob o fundamento de que seria excessiva e desproporcional (artigo 18) a exigência de pagamento da prestação de saúde, quando o indivíduo não tivesse sido identificado como *utente* e não comprovasse que havia solicitado o cartão do Serviço Nacional de Saúde, o Tribunal entendeu pela inconstitucionalidade do Decreto- Lei nº 52/2000. Esse mesmo entendimento, de que o artigo 18 da Constituição Portuguesa deveria ser aplicado para os direitos sociais, foi adotado nos Acórdãos 512/08 e 221/09.[181]

Posteriormente, em outros Acórdãos, o Tribunal Constitucional fez uso de princípios estruturantes para resolução de questões envolvendo os direitos sociais, conferindo tratamento dogmático semelhante às restrições aos direitos sociais e aos direitos de liberdade. No Acórdão nº 141/2015, por violação ao princípio da igualdade, entendeu pela inconstitucionalidade da exigência legal do período de garantia de 1 ano de residência no rendimento social de inserção quando aplicável aos nacionais. Por sua vez, no Acordão nº 296/2015, por afronta ao princípio da proporcionalidade, entendeu pela inconstitucionalidade da estipulação de período de garantia de 3 anos no rendimento social de inserção a nacionais de países não membros da União Europeia. [182]

5- O PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DA ÁFRICA DO SUL

[180] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 377-397; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 102-138; NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 191-230.

[181] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 377-397; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 102-138; NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 191-230.

[182] NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 191-230.

A Constituição da África do Sul consagra em seu preâmbulo os valores democrático, da justiça social e dos direitos fundamentais, constituindo a República da África do Sul como um Estado Democrático (artigo 1º). Embora não haja referência expressa sobre a adoção do princípio da socialidade no artigo 1º, pode-se chegar a essa conclusão através da interpretação das normas constitucionais. Não somente pela consagração do valor da justiça social no preâmbulo, mas também pela garantia de inúmeros direitos fundamentais sociais (Capítulo 2), pela previsão de que o Estado deve respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais (artigo 7º), de que a República da África do Sul está fundada nos valores da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade (artigo 7º), de que o Poder Público deve adotar medidas para promover a igualdade em favor de pessoas ou grupo de pessoas em situações desvantajosas (artigo 9º), dentre outras.

A Carta Constitucional prevê que a eficácia do direito fundamental está condicionada à natureza do direito e à obrigação imposta ao Estado (artigo 8º, 2). O Poder Público teria o dever de respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais (artigo 7º, 2), sendo certo que, quanto aos direitos sociais, há necessidade de observância de uma realização progressiva e razoável, através de medidas legislativas e de recursos disponíveis.

Em decorrência dessa classificação adotada na Constituição, estaria prevista uma cláusula geral de limitação (Capítulo 2, artigo 36), incidente sobre os direitos de liberdade e os direitos sociais, por meio da qual seria admissível a restrição ao direito fundamental para que fosse resguardado outro direito ou bem digno de proteção. Além da cláusula geral de limitação, quanto aos direitos sociais na sua dimensão positiva estaria prevista a cláusula interna de limitação, que impõe que tais direitos devem estar condicionados à existência de recursos e à realização progressiva (artigos 26, 27 e 29).[183] Ao diferenciar justiciabilidade e concretização, CHRISTIANSEN[184] ensina que os direitos sociais prestacionais

[183] CHRISTIANSEN, Eric C. Decidindo sobre Direitos Não- Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a Corte Constitucional Sul- Africana. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 641-695.

[184] CHRISTIANSEN, Eric C. Decidindo sobre Direitos Não- Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a Corte Constitucional Sul- Africana. In: Direitos Sociais – Fundamentos,

poderiam ser reclamados judicialmente, mas não seriam passíveis de concretização na esfera jurídica individual por meio de decisão judicial.

A jurisprudência da Corte Constitucional Sul Africana contribuiu de forma significativa para a construção de uma dogmática acerca da vinculatividade dos direitos sociais. No julgamento '*In re: Certification of the South African Constitution'*, a Corte Constitucional Sul Africana foi chamada a decidir sobre a interpretação e vinculatividade dos direitos fundamentais, tendo concluído que haveria uma diferença neste aspecto entre os direitos de liberdade e os direitos sociais. Restou consignado na decisão que os direitos sociais seriam dotados de um mínimo de justiciabilidade, mas não poderiam ser implementados por decisão judicial.[185]

Posteriormente, a Corte garantiu o direito social na sua dimensão negativa. No julgamento do caso *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers* decidiu que o governo não poderia retirar um grupo de 68 pessoas que ocupava um local por um longo período e que fez ali construções para sua moradia. Com o mesmo entendimento de proteção do direito social na sua dimensão negativa, no julgamento de *Jaftha v. Schoeman* proibiu a alienação de moradias para o pagamento de dívidas com o sistema financeiro habitacional.

Já em uma perspectiva do direito social em sua dimensão positiva, a Corte entendeu no julgamento de *Thiagraj Soobramoney v. Minister of Health* que um doente diabético em estado terminal não teria direito a exigir do Estado um tratamento de hemodiálise para prolongamento de sua vida, na medida em que a cláusula interna de limitação impunha que os direitos sociais estariam submetidos à existência de recursos, à adoção de medidas legislativas razoáveis e à progressiva realização. Nessa decisão foram fixados importantes pontos, como a possibilidade de controle judicial da política pública por meio de um critério de razoabilidade, a inexistência de um direito subjetivo individual a exigir uma prestação social, a consideração do aspecto coletivo do direito social e o

judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 641-695.

[185] PIRES, Maria José Morais. O acórdão da 'certificação' da Constituição da África do Sul de 1996. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes, Coimbra Editora, Lisboa, 2004, pp. 171- 181.

reconhecimento da competência do legislador para decidir acerca da alocação dos recursos disponíveis.[186]

No julgamento do caso *Government of Republic of South Africa v. Irene Grootboom and others*, a Corte Constitucional diferenciou justiciabilidade e concretização do direito social. Tratavam-se de indivíduos desalojados pelo Estado de uma área particular sob o fundamento de que seriam construídas moradias para cidadãos de baixa renda no local. A Corte entendeu que deveria ser resguardado o direito social de moradia em sua dimensão negativa, uma vez que o poder público não poderia restringir um direito social alcançado com recursos próprios. Já quanto ao aspecto positivo do direito social à moradia, a Corte entendeu que a política pública não era razoável já que privava os mais necessitados do acesso ao bem social. Por conta disso, foi ordenada a reformulação da política pública e designada a Comissão de Direitos Humanos para a sua fiscalização. Isto porque, embora fosse possível o controle judicial da política pública, não caberia ao Poder Judiciário decidir sobre o modo de concretização dos direitos sociais.

Também se valendo de um critério de razoabilidade, em uma ação movida pela *Treatment Action Campaign*, a Corte decidiu pela obrigação estatal em fornecer medicamento que diminuía a probabilidade de transmissão do vírus HIV da mãe para a criança durante o nascimento. O fundamento da decisão seria de que a justificativa estatal para o não fornecimento do medicamento nevirapina não era razoável, já que não acarretaria gastos para o Estado a adoção de um programa mais eficiente, uma vez que o medicamento seria fornecido gratuitamente pelo fabricante pelo prazo de 5 anos.

[186] CHRISTIANSEN, Eric C. Decidindo sobre Direitos Não- Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a Corte Constitucional Sul-Africana. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 641-695.

CAPÍTULO III – O ESTADO SOCIAL COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

1- O ESTADO SOCIAL COMO MODELO DE JUSTIÇA SOCIAL

A definição de justiça social está condicionada à análise histórica do grau de liberdade e de igualdade conferidas aos indivíduos em um Estado de Direito. No Estado Liberal, a crítica à injustiça social tinha como objeto as desigualdades provocadas na arena política e jurídica, na medida em que se ansiava por liberdades iguais frente aos privilégios concedidos à nobreza no regime do Estado Absolutista. Com base em argumentos fundados em um direito natural, se almejava a igualdade de exercício de uma liberdade jurídica.[187]

Embora garantisse uma igualdade perante a lei, o direito formal burguês não foi capaz de assegurar uma igualdade de fato. A crítica da injustiça social, que se dirigia às desigualdades proporcionadas pelos privilégios políticos, foi substituída pela crítica às desigualdades que se desenvolviam no quadro da institucionalização de uma ordem jurídica formal burguesa.[188] A injustiça social passou a ter como alvo as desigualdades econômicas e sociais decorrentes da distribuição desigual de um poder de disposição econômico, que necessariamente repercutia no exercício da liberdade. Essa mudança de perspectiva deu origem ao entendimento acerca da existência de um nexo funcional entre a estrutura de classes e o sistema jurídico, no qual o formalismo jurídico, embora assegurasse a igualdade perante a lei e a liberdade jurídica, proporcionava flagrante desigualdade quanto ao exercício da liberdade de fato.[189]

---

[187] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 264-267; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 211-226.

[188] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 264-267; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 211-226.

[189] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 264-267.

Com o Manifesto Comunista de 1848, Marx e Engels denunciaram essa injustiça social e a respectiva exploração perpetrada pelo modo de produção capitalista, dando origem a um debate sobre as origens do capitalismo, o papel da economia na vida social e política, as classes sociais e as formas de desigualdade social. Embora Marx e Engels entendessem o formalismo jurídico burguês como a expressão jurídica de condições de produção injustas, não deram a devida atenção à teoria de democracia. A ideia de que a emancipação social deveria ser obtida pela revolução política e de que a simples correção de formas de produção injustas instauraria uma convivência harmônica entre trabalhadores livremente associados fracassou diante do desenvolvimento e da complexidade da sociedade moderna.

Atenta às novas formas de opressão social, durante o Século XX, a doutrina socialista cindiu-se em diversas vertentes de cunho revisionista e empirista e, após o ofuscamento pelo fascismo das décadas de 30 e 40, renasceu nos anos 50 com os movimentos de descolonização, com as revoluções chinesa e cubana, com o movimento estudantil e com a emergência de partidos socialistas e comunistas na Europa. Nesse período de renovação do materialismo histórico, o socialismo assumiu duas direções principais, consistentes na teoria crítica da Escola de Frankfurt e o socialismo estruturalista francês.[190] Adepto da teoria crítica, sustenta HABERMAS[191] que a igualdade e a liberdade devem ser inseridas em uma teoria democrática, na qual as liberdades jurídicas e as garantias sociais constituem a base jurídica para a independência social, que permite a assunção efetiva de direitos políticos. O projeto emancipatório deve ser objeto de deliberação pelos participantes do processo democrático. Dessa forma, o socialismo deve ser entendido como condições necessárias para vidas emancipadas, que devem ser estabelecidas pela

[190] SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 36-65.

[191] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 12. Afirma HABERMAS que "(...) se entendermos 'socialismo' como protótipo de condições necessárias de vida emancipadas, sobre as quais os próprios participantes precisam entender-se preliminarmente, não é difícil verificar que a auto-organização democrática de uma comunidade jurídica forma o núcleo normativo desse projeto."

comunidade em um processo democrático, portanto, a democracia integraria o núcleo do projeto socialista.

Além da falta da devida atenção a democracia, a base do materialismo histórico de Marx, constituído pela divisão da sociedade em classes com interesses antagônicos, não se tornou uma realidade. A moderna Sociologia Jurídica entende que hoje não é mais apropriada a classificação de classes entre trabalhadores e proprietários de capital, uma vez que ao longo da evolução e da complexidade da sociedade surgiram outras classes sociais. Ademais, a classe social não é mais o único meio de opressão econômico, social e político, já que a etnia, a religião e o gênero também se tornaram formas poderosas de exclusão. [192]

A ideia de classes sociais deve ser conjugada com outros fatores de exclusão (etário, étnico, religioso e de gênero) para se analisar o grau de desigualdade social em uma determinada sociedade, notadamente para se entender como tais fatores afetam circunstâncias materiais da vida dos membros da sociedade e o correspondente exercício da liberdade.[193] Pode-se dividir as classes em alta, média, trabalhadora e subclasse. A classe alta seria a minoria e deteria riqueza, poder e a oportunidade de transmitir seus privilégios para a geração seguinte. A classe média seria a maioria da população e consistiria em profissionais com qualificação escolar ou técnica, que vendem seu trabalho físico ou mental como forma de sustento. Por sua vez, a classe trabalhadora seria composta por pessoas que ocupam trabalhos manuais nas indústrias, o número de trabalhadores no decorrer do século XX diminuiu, em função do emprego de novas tecnologias. Por fim, o conceito de subclasse seria utilizado para descrever o segmento da população que vive em condições severamente desvantajosas, às margens da sociedade.[194]

---

[192] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 482-530.

[193] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 482-530; SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 36-65.

[194] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 482-530.

Embora a pobreza possa estar presente entre pessoas empregadas da classe trabalhadora, é na subclasse que ela se manifesta de forma mais intensa. A pobreza absoluta seria a falta de condições materiais básicas de sobrevivência, que impossibilita a existência humana, como comida, habitação, roupa, água potável, etc, com reflexos negativos no exercício da liberdade. Uma medida usual para medir a pobreza absoluta seria contabilizar as pessoas que vivem com menos de um dólar por dia e as suas causas seriam os fatores sociais (etnia, gênero, escolaridade, outros), que são responsáveis por gerar a desigualdade social, com quadros de riqueza e de pobreza extremas. Conectado com os fatores sociais, dentre os grupos mais suscetíveis de compor as subclasses e viver em estado de pobreza estão as crianças, os idosos, as mulheres e os grupos étnicos. As pessoas que compõem esses grupos sociais estão mais próximas de sofrer exclusão social, no sentido de lhes ser destituída a possibilidade de um envolvimento na vida social, por meio de uma severa limitação do exercício de direitos políticos, civis e sociais.[195]

Historicamente lhes tem sido negado o acesso às condições materiais que lhes permitam o exercício da liberdade. A falta de acesso à educação, por exemplo, ocasiona mais desigualdade social já que crianças provenientes de famílias pobres têm menores probabilidades de obter uma educação escolar, em consequência, há uma grande possibilidade de se tornarem adultos incapazes de ler e escrever.[196] Da mesma forma, a falta de acesso à saúde também é fator que exacerba a injustiça social. Embora tenha havido um significativo aumento da esperança de vida, decorrente principalmente do avanço da medicina, a classe social ainda é um fator preponderante para se determinar a expectativa de vida do indivíduo e a suscetibilidade de aparecimento de doenças, já que a negativa de garantia do direito à saúde tem suas raízes na pobreza. As classes menos favorecidas são as mais expostas aos fatores de risco à saúde, como a

[195] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 532-582.
[196] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 944-961.

falta de habitação, de saneamento básico, de condições salubres de trabalho, de alimentação adequada, de educação, dentre outras.[197]

Após o fracasso do socialismo, o Estado Social surgiu como importante fórmula de promoção da justiça social, por meio de uma compensação das relações assimétricas ocorridas na sociedade capitalista. A compensação se deu na área política e social, através do reconhecimento de direitos legítimos a prestações estatais de assistência e de apoio aos cidadãos que estavam em estado de miséria ou submetidos a um risco especial; pela materialização do direito privado; e pelo estabelecimento de um importante papel aos grupos socias organizados, inicialmente aos Sindicatos, como agentes atuantes na arena política para que as demandas dos excluídos fossem levadas em conta no processo de formação da vontade democrática. Entretanto, a partir da década de 70, o modelo do Estado Social foi duramente criticado, tanto pelas ideologias liberais como pelas socialistas.[198]

---

[197] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 455-476. Segundo GIDDENS, as sociedades mais saudáveis não são as mais ricas, mas aquelas em que o rendimento está distribuído de forma mais justa e o nível de integração social é mais elevado. A título de exemplo, cidadãos de países como Suécia e Japão, em que há uma sociedade igualitária, gozam de melhor condição de saúde que cidadãos de países mais ricos, em que há uma maior desigualdade social, como nos EUA.

[198] OFFE, Claus. Trabalho e Sociedade: Problemas estruturais e perspectiva para o futuro da Sociedade do Trabalho. Volume II – perspectivas. Tradução de Gustavo Bayer e Margit Martincic, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2011, pp.119-137.
Segundo Boaventura de Souza Santos (SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 41-125; SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 97-144) a participação da sociedade deve se dar principalmente por meio de grupos organizados, como agências, movimentos e organizações sociais, que atuam às margens do processo político democrático formal oferecido pelos Estados nacionais e que têm interesses conectados às questões ambientais, sociais e econômicas, como são os grupos ecológicos, de direitos humanos, de consumidores, de igualdade sexual, de igualdade racial, dentre outros. Esses grupos são constituídos por pessoas com interesses comuns e têm como objetivo colocar em pauta assuntos que não são tratados ou são tratados de forma insatisfatória pelas instituições estatais democráticas, na medida em que não interessam às grandes corporações detentoras do capital. Embora esses grupos organizados não participem formalmente do processo político, exercem papel preponderante no desenvolvimento da democracia e dos direitos fundamentais, através da participação individual em questões coletivas. Assumem a responsabilidade pela gestão dos riscos no mundo global, que agora não pode ser deixada exclusivamente nas mãos dos políticos nos Estados nacionais.

A doutrina socialista alegava que o Estado Social seria mais uma maneira de estabilizar a sociedade capitalista do que um passo para alterá-la, uma vez que os Sindicatos e os partidos reformistas que passaram a atuar no Estado de Direito Democrático não lograram êxito em concretizar os compromissos do Estado do bem-estar social, tiveram que se contentar com uma adaptação do sistema capitalista herdado do modelo liberal- burguês, no qual o objetivo seria a mera universalização dos direitos civis.[199] Isso resultou em um Estado Social ineficiente, repressivo e que cria uma concepção falsa sobre a realidade social e política.[200]

A crítica socialista à eficiência importava em considerar que o Estado Social pouco contribuiu para a distribuição de renda entre a classe que detém o capital e a classe que possui a força de trabalho, na medida em que essa distribuição ocorreu preponderantemente de forma horizontal, dentro da própria classe trabalhadora. Ainda sob a crítica da ineficiência, argumentava-se que a intervenção estatal não teria como objetivo eliminar as causas das carências e das necessidades sociais, mas tão somente remediar parcialmente as suas consequências, por isso, as medidas estatais seriam menos efetivas e mais caras. A descontinuidade das políticas sociais provocadas por falta de recursos e os gastos desnecessários com a burocracia estatal incrementavam as críticas direcionadas à eficiência do Estado Social, uma vez que a burocracia consumia mais recursos e prestava menos serviços.[201]

Por outro lado, segundo a crítica socialista, o caráter repressivo do Estado Social estaria associado ao controle burocrático, no qual, para ter acesso aos serviços e aos bens sociais, ao indivíduo não bastava comprovar o estado de necessidade, deveria obedecer às normas econômicas, políticas e culturais vigentes na sociedade. Enquanto a população com mais recursos teria inteira

---

[199] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 266-268; OFFE, Claus. Trabalho e Sociedade: Problemas estruturais e perspectiva para o futuro da Sociedade do Trabalho. Volume II – perspectivas. Tradução de Gustavo Bayer e Margit Martincic, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2011, pp.119-137.

[200] OFFE, Claus. Trabalho e Sociedade: Problemas estruturais e perspectiva para o futuro da Sociedade do Trabalho. Volume II – perspectivas. Tradução de Gustavo Bayer e Margit Martincic, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2011, pp.119-137.

[201] OFFE, Claus. Trabalho e Sociedade: Problemas estruturais e perspectiva para o futuro da Sociedade do Trabalho. Volume II – perspectivas. Tradução de Gustavo Bayer e Margit Martincic, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2011, pp.119-137.

liberdade para seguir essas regras, as pessoas mais carentes seriam obrigadas a segui-las, os serviços e bens sociais somente seriam fornecidos aos mais necessitados mediante a aceitação de uma ordem moral imposta pela sociedade.[202]

Por fim, a doutrina socialista acusava o Estado Social de impor um controle político- ideológico, criando uma falsa compreensão da realidade econômica e social e prejudicando a consciência, a organização e a luta da classe trabalhadora. Isto porque a estrutura do Estado Social era institucionalmente limitada pela dinâmica da produção capitalista, fazendo com que fossem desconsideradas as necessidades de ampliação dos direitos do homem cidadão e trabalhador.[203]

A recessão econômica ocorrida em meados dos anos 70 também fez ressurgir doutrinas liberais, que criticavam o Estado Social sob o fundamento de que, em vez de pacificar os conflitos sociais, esse modelo de Estado acabava por agravá-los, na medida em que impedia que as forças do mercado funcionassem de maneira adequada e útil em favor da paz social e do progresso. O Estado Social seria o culpado por impor uma carga elevada de impostos e de obrigações administrativas que impediriam a capacidade de investir, bem como concederia direitos e posições de poder aos trabalhadores e aos Sindicatos que reduziriam a disposição para o trabalho e, respectivamente, deteria a força produtiva. Tudo isso levaria à sobrecarga de pretensões econômicas (inflação) e de pretensões políticas (ingovernabilidade), ocasionando a quebra de expectativas por serviços sociais satisfatórios.[204]

A superveniência da década de 80 demonstrou a dificuldade do Estado Social em lidar com as crises econômicas e propiciou o fortalecimento dessas ideologias neoliberais. A ascensão de partidos conservadores na Europa e nos

---

[202] OFFE, Claus. Trabalho e Sociedade: Problemas estruturais e perspectiva para o futuro da Sociedade do Trabalho. Volume II – perspectivas. Tradução de Gustavo Bayer e Margit Martincic, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2011, pp.119-137. Como exemplo, OFFE cita a condição de planejamento familiar para a percepção de benefício assistencial.

[203] OFFE, Claus. Trabalho e Sociedade: Problemas estruturais e perspectiva para o futuro da Sociedade do Trabalho. Volume II – perspectivas. Tradução de Gustavo Bayer e Margit Martincic, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2011, pp.119-137.

[204] OFFE, Claus. Trabalho e Sociedade: Problemas estruturais e perspectiva para o futuro da Sociedade do Trabalho. Volume II – perspectivas. Tradução de Gustavo Bayer e Margit Martincic, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2011, pp.119-137.

EUA, o enfraquecimento dos partidos socialistas e comunistas, o colapso do regime comunista no Leste Europeu, a transnacionalização da economia, a consagração do neoliberalismo, a defesa do Estado mínimo, a incapacidade do Estado Nacional de cumprir seus deveres, a apologia ao livre mercado, a celebração do estilo de vida individualista e consumista, tudo isso foi um duro golpe ao compromisso de uma justiça social assumido pelo Estado Social.[205]

Em que pesem as críticas socialistas e neoliberais, o Estado Social se converteu em uma estrutura irreversível, cuja a eliminação repercutiria negativamente no pluralismo de ideias em uma sociedade democrática, com a respectiva imposição de restrições aos grupos organizados e ao sistema partidário. Por outro lado, o repentino desaparecimento do Estado Social deixaria o sistema capitalista sujeito a conflitos explosivos, já que a mitigação de direitos sociais praticamente inviabilizaria o funcionamento do sistema econômico-industrial.[206] Após o fim do modelo socialista, o Estado Social se tornou a única perspectiva viável para que a desigualdade de oportunidades proporcionada pela sociedade capitalista seja compensada com uma distribuição justa dos bens coletivos. Deve-se garantir à grande massa da população a possibilidade de viver com segurança, justiça social e bem-estar.[207]

---

[205] SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 36-65.

[206] OFFE, Claus. Trabalho e Sociedade: Problemas estruturais e perspectiva para o futuro da Sociedade do Trabalho. Volume II – perspectivas. Tradução de Gustavo Bayer e Margit Martincic, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2011, pp.121-137. Conforme leciona OFFE, o Estado Social desenvolve tarefas essenciais, tanto no que diz respeito ao processo de acumulação de riquezas como no que se refere à prestação de serviços de bem-estar econômico e social aos necessitados, resultando em uma pacificação social. Dessa forma, conclui o autor que não se pode negar que o Estado Social continua a ser o modelo das sociedades capitalistas avançadas, cujos rumos devem ser decididos em uma ampla discussão no processo democrático.

[207] HABERMAS, Jürgen. Luta por reconhecimento no Estado de direito democrático. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 343. Leciona HABERMAS que não seria possível interromper o projeto do Estado Social, como modelo existente para combater a desigualdade provocada pelo sistema capitalista. HABERMAS sustenta que o Estado do bem-estar social "(...) após a bancarrota do socialismo de Estado, ela se tornou a única perspectiva – o status de trabalho remunerado dependente precisa ser complementado pelos direitos de participação social e política, e a massa da população deve ter oportunidade de viver com expectativas fundamentadas na segurança, justiça social e bem-estar. A desigualdade nas oportunidades de vida social da sociedade capitalista deve ser compensada por uma distribuição justa dos bens coletivos."
Em outra obra, HABERMAS (HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo

Não se descarta que são necessárias correções e adaptações, por meio da adoção de um princípio de eficiência, com a desburocratização e a regulação dos serviços sociais por autoridades independentes; bem como pela incorporação de um novo espírito de solidariedade, com a racionalização dos tipos de prestações e quebra de egoísmo de certos grupos sociais. [208] Isto porque o atual Estado de Direito não se pode conformar com o modelo liberal ou com o modelo burocrático e administrativo do velho *welfare state*, mas sim com o de um Estado de Direito Social, em que a responsabilidade pela concretização da justiça social seja de toda a sociedade, não só do Estado.[209]

De qualquer forma, como modelo de justiça social, o projeto do Estado Social propiciou a ampliação do constitucionalismo nas seguintes direções: em garantia de todos os direitos fundamentais, não somente dos direitos de liberdade, mas também dos direitos sociais; frente a todos os poderes, não só o público como também o privado; em tutela não só dos direitos fundamentais como também dos bens fundamentais da coletividade, como o meio ambiente; em garantia da democracia em todos os níveis, não somente o estatal.

2- O PRINCÍPIO DO ESTADO SOCIAL NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 147-148) ressalta que "(...) o projeto do Estado Social não pode ser simplesmente congelado ou interrompido: é preciso continuá-lo num nível de reflexão superior. O que se tem em mente é domesticar o sistema econômico capitalista, transformando-o, o social e ecologicamente, por um caminho que permita refrear o uso do poder administrativo, sob dois pontos de vista: o da eficácia, que lhe permita recorrer a formas mitigadas de regulação indireta, e o da legitimidade, que lhe permita retroligar-se ao poder comunicativo e imunizar-se contra o poder ilegítimo."

[208] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 37-40. Como adverte JORGE MIRANDA, embora tenha se declarado uma crise ou ruptura do Estado Social, ou mesmo um Estado pós- Social, não se pode vislumbrar um modelo alternativo.

Em sentido idêntico: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 351-353. Segundo CANOTILHO, o Estado Social assume atualmente a forma de um Estado Regulador de serviços essenciais. A transferência para iniciativa privada da prestação de serviços públicos não representa o abandono da responsabilidade estatal para o atingimento do interesse público, condizente com a concretização do princípio da socialidade.

[209] FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 25-46.

Até a chegada da família real em 1808, o Brasil não passava de uma colônia portuguesa, em que se proibia o comércio com outros países, a fabricação de produtos e a abertura de estradas. O comércio ainda era realizado à base do escambo e a economia tinha como base o regime escravocrata. Nesse período, 98% da população era analfabeta e somente era prestado o ensino básico, ainda assim através de instituições religiosas.[210]

A mudança da corte portuguesa para o Brasil representou um grande avanço nas áreas econômica, de infraestrutura e política, o que culminou com a declaração de independência em 1822 e, posteriormente, com a instauração da Assembleia Constituinte. Devido à nítida natureza liberal do projeto relatado por Antônio Carlos de Andrada, que limitava os poderes do monarca, restringia seu direito de veto e subordinava as forças armadas ao Parlamento, a Assembleia Constituinte foi dissolvida por D. Pedro I em 1923.[211]

Em 25 de março de 1824, o Imperador outorgou a primeira Constituição Brasileira. Essa Constituição garantia os direitos individuais e políticos, prevendo ainda um direito de resistência, em que o brasileiro podia se negar a executar lei injusta. No tocante à separação de poderes, adotou o modelo defendido por Benjamim Constant, em que ao lado do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário, acrescentava o Poder Moderador. Ao concentrar enormes poderes na figura do Imperador, constata-se uma marca do absolutismo, porquanto contrariava a regra de divisão e limitação de poderes de Montesquieu. Por outro lado, a inspiração na Constituição Francesa de 1791, com a garantia de direitos individuais e políticos, demonstra a transição para o Estado de Direito de cunho Liberal.[212]

---

[210] BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 9-46; BARROSO, Luís Roberto. Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Ed. História Real, Rio de Janeiro, 2020, pp. 56-62.

[211] BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 9-46; BARROSO, Luís Roberto. Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo. Ed. História Real, Rio de Janeiro, 2020, pp. 56-62.

[212] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 361-390; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 190-205; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito

Em que pese a inauguração do constitucionalismo brasileiro, havia uma nítida falta de efetividade das normas constitucionais.[213] Embora a Constituição de 1824 tenha consagrado direitos individuais e a garantia de que *"a lei será igual para todos"*, a sociedade brasileira convivia com os privilégios da nobreza, o voto censitário e a escravidão.[214] No tocante à preocupação social, ao prever o direito aos socorros públicos, em seu artigo 179, inciso XXXI, aponta para uma sensibilidade precursora para o social na Constituição Imperial.[215]

Com a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, adveio a Constituição de 1891. Sob forte inspiração norte-americana, consolidou-se o Estado Liberal em face do Absolutismo Monárquico. Valores e princípios da Constituição dos Estados Unidos foram incorporados pela Constituição, como o sistema republicado, o governo presidencial, o federalismo e a Suprema Corte. O modelo constitucional adotou, assim, um governo republicano com profundas raízes no Estado Liberal.[216]

Durante décadas perdurou a instabilidade e a crise entre a União e os Estados Federados, o que resultou em intervenções federais e decretações de estado de sítio, ocasionando frequentes abusos de poder, desrespeitos às competências dos entes federados e violações das liberdades individuais. Como consequência, foi deflagrada a Campanha Civilista, promovida por Rui Barbosa,

---

Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 317-324; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Editora JusPodivm, 9ª Ed., Salvador, 2015, pp. 119-120.

[213] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 190-205.

[214] BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 9-46.

[215] BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. História Constitucional do Brasil. Editora Paz e Terra, 3ª Ed., 1991, p. 100.

[216] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 361-390; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 190-205; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 317-324; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Editora JusPodivm, 9ª Ed., Salvador, 2015, pp. 119-120.

com a crítica ao presidencialismo militarista, que deformava as instituições e retirava toda legitimidade do regime.[217]

As constantes fraudes eleitorais e a respectiva falta de representatividade deram ensejo à chamada Revolução de 30, que culminou com a derrocada da Primeira República. Nesse período, além da busca por uma legitimidade para representação eleitoral (menos de dois por cento da população era de eleitores), havia uma crescente preocupação com as injustiças sociais e com o conflito entre o capital e o trabalho. Diante dessa instabilidade, foi instalada a ditadura do Segundo Governo Provisório em 1930, que perdurou por quatro anos, envolto a críticas e resistências, como a do Movimento Constitucionalista de 1932, em São Paulo. Daí resultou o ato convocatório da Constituinte de 1933 e, posteriormente, a promulgação da Constituição de 1934.[218]

A Carta de 1934 teve grande influência da Constituição de *Weimar*, com grande preocupação com a questão social e a respectiva consagração de direitos de índole social. Além disso, o tradicional direito liberal de propriedade, tido como absoluto, foi submetido ao atendimento do interesse social. Para a mediação dos conflitos entre o capital e o trabalho, foi enviado ao Congresso um projeto de criação de uma Justiça Especializada, havia um enorme embate entre uma doutrina liberal, baseada no individualismo e na defesa da aplicação do Código Civil, com uma corrente fundada no novo Estado Social, que defendia a criação de uma Justiça Trabalhista para o processamento e julgamento das relações havidas entre os detentores do meio de produção e os trabalhadores. Pode-se dizer, assim, que a Constituição de 1934 inaugurou o Estado de Direito Social, com a previsão de novos direitos sociais, a preservação de direitos de liberdade e o comprometimento com o modelo democrático.[219]

---

[217] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 190-205.

[218] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 190-205.

[219] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 361-390; AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 583-633. Segundo BONAVIDES (BONAVIDES, Paulo. op. cit., 2011, p. 368) “o

Sobrevieram as revoltas comunistas do Rio de Janeiro, Natal e Recife, que trouxeram preocupação para o coronelismo rural e para a ascendente burguesia urbana, gerando a severa repressão do governo.[220] Por conta disso, em 1937 foi instaurado o Estado Novo, de cunho autoritário fascista e que resultou na outorga de uma nova Constituição.[221] Inobstante, durante o governo de Vargas, houve intensa intervenção do Poder Público na área social. Nesse período, foi criado o Ministério do Trabalho, teve origem as caixas e institutos de aposentadorias e pensões, as férias anuais remuneradas, o salário mínimo, a indenização ao trabalhador despedido sem justa causa, as leis regulamentadoras de profissões, o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho, a proteção à velhice, à invalidez, à maternidade e à infância, a previsão de valores inerentes à educação e à cultura, dentre outros. Com relação à propriedade privada, a Constituição de 1937 previu que a mesma não poderia ser exercida contra o interesse social ou coletivo.[222] A ditadura do Estado Novo de Getúlio Vargas teve fim em 29 de outubro de 1945, por meio de um golpe militar fundado em uma pretensa redemocratização do país, alimentado principalmente pelo fim dos regimes fascista e nazista ao término da segunda guerra mundial. [223]

A Constituição de 1946 resultou de um compromisso de duas correntes, uma conservadora de tradição republicana e a outra liberalista remanescente de 1930. Previu novos direitos sociais e a intervenção do Estado na relação social

---

Constitucionalismo dessa terceira época fez brotar no Brasil desde 1934 o modelo fascinante de um Estado Social de inspiração alemã, atado politicamente a formas democráticas, em que a Sociedade e o homem- pessoa – não o homem indivíduo – são os valores supremos."

[220] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 361-390; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 317-324; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Editora JusPodivm, 9ª Ed., Salvador, 2015, pp. 119-120.

[221] BONAVIDES, Paulo. Getúlio Vargas e o Estado Social das Ditaduras. Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 2, abril/ junho 2006, pp. 71-82. Informa BONAVIDES que o fascismo do Estado Novo se caracterizava por ser anti-representativo, anticonstitucional, antiparlamentar, antifederativo, antipartidário e antiliberal.

[222] BONAVIDES, Paulo. Getúlio Vargas e o Estado Social das Ditaduras. Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 2, abril/ junho 2006, pp. 71-82.

[223] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 190-205.

e econômica, nesse sentido, o artigo 157, inciso IV, consagrou a participação do trabalhador nos lucros da empresa. Embora tenha consagrado um legítimo Estado Social, possui um extenso número de direitos sociais previstos em normas constitucionais programáticas, refletindo o conflito social entre a elite brasileira e a nova classe trabalhadora, formada principalmente pela mão de obra imigrante, em período que se seguiu à abolição da escravatura.[224] Na mesma Constituição foi restaurado o sistema democrático, que teve vigência até a promulgação dos Atos Institucionais pelos militares, em 1964, seguida da Constituição do regime autoritário militar, em 1967.[225]

Somente com a Constituição de 1988 foram previstas garantias efetivas de realização do Estado Social, como a previsão do mandado de injunção, da aplicação imediata dos direitos fundamentais e de instrumentos de participação democrática.[226] Ao contrário das Constituições de 34 e 46, em que os direitos sociais estavam previstos no Capítulo da Ordem Econômica e Social e com caráter meramente programático, na Constituição de 1988 foram consagrados no Título II, *"Dos Direitos e Garantias Fundamentais"*, como autênticos direitos fundamentais.[227] O Estado Social foi consagrado com *status* de princípio constitucional estruturante, irradiando efeitos para toda a ordem constitucional.

3- O ESTADO SOCIAL COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição é o reflexo natural dos valores dominantes em uma determinada sociedade, sendo certo que estes valores são geralmente

[224] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 361-390.
[225] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 361-390.
[226] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 361-390.
[227] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 75-83; AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 583-633.

encampados no sistema jurídico por meio de princípios.[228] O princípio constitucional nada mais é que a concretização de um valor, a distinção entre os dois estaria em que valores pertencem ao âmbito axiológico e os princípios à esfera deontológica.[229] Diferentemente das regras, os princípios constitucionais possuem uma função nomogenética, de forma que podem ser fonte de criação de outras normas. Isto quer dizer que os princípios podem dar origem a outras normas- regras e a outras normas- princípios, portanto, podem ser progressivamente concretizados por outros princípios, até chegarem em um formato de regra, com conteúdo certo e definitivo.[230]

Os princípios estruturantes representam as principais decisões do legislador constituinte e todo o sistema constitucional decorre direta ou indiretamente deles, por isso, são dotados de uma função nomogenética máxima e com um grau mínimo de determinação do conteúdo. Como princípios que estão no topo da cadeia de princípios constitucionais, os princípios estruturantes não decorrem de nenhum outro princípio, mas somente da decisão do poder constituinte.[231] Por conta disso, em geral, apresentam uma dimensão

---

[228] TAVARES, André Ramos. Princípios Constitucionais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 456-496. Segundo JORGE MIRANDA (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo II. 6ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 198), o Direito Constitucional está "(...) todo ele envolvido e penetrado pelos valores jurídicos fundamentais dominantes na comunidade".

[229] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 116-118; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 314-323; MONCADA, Luís S. Cabral. Estudos de Direito Público. Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 411. Como leciona MONCADA (MONCADA, op. cit., 2001, p. 411) "Os valores revelam-se, portanto, através das normas e outro material positivo, mas isso não significa que sejam elas que verdadeiramente os criam. Os valores são obviamente anteriores às normas positivas, apenas sucedendo que são estas que concretizam o vago conteúdo axiológico em causa, transformando-se em regras deontológicas de conduta."

[230] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1184-1187.

[231] AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 121-127; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1173. Segundo AMARAL (AMARAL, op. cit., 2005, pp. 126), seriam "escolhas constitucionais a partir das quais se deve construir a unidade política de um Estado e se devem realizar as tarefas que sobre ele impendem."
Por sua vez, CANOTILHO (CANOTILHO, op. cit., 2003, pp. 1173) menciona que "(...) existem, em primeiro lugar, certos princípios designados por princípios estruturantes, constitutivos e indicativos das ideias directivas básicas de toda a ordem constitucional.

constitutiva, na medida em que exprimem, indiciam, denotam ou constituem uma compreensão global da constituição, assim como uma dimensão declarativa, como super conceitos que dão origem a outros subprincípios.[232]

Como princípios que determinam a própria essência e natureza da Constituição, direcionam a interpretação e a aplicação de todas as normas constitucionais, assumindo relevância na resolução de grande maioria de casos difíceis decorrentes da relação entre Estado e cidadão.[233] Neste aspecto, conferem uma garantia juridicamente qualificada aos direitos fundamentais contra ações ou omissões dos poderes constituídos que violem o seu conteúdo, são verdadeiros *limites aos limites* aos atos estatais que restrinjam os direitos fundamentais ou às omissões estatais que afetem negativamente os bens jusfundamentais protegidos. São garantias jurídicas fortes e intransponíveis, responsáveis por exercer o controle de constitucionalidade de atos ou omissões estatais que afetem os direitos fundamentais.[234]

A descoberta dos princípios estruturantes de uma Constituição deve ter como ponto de partida o estudo das principais decisões do poder constituinte. Como os princípios estruturantes pertencem ao domínio do dever ser, será por meio da interpretação das normas constitucionais que se chegará ao seu conteúdo.[235] Por isso, não são princípios transcendentes, reconduzíveis a uma

---

São, por assim dizer, as traves mestras jurídico-constitucionais do estatuto jurídico do político."

[232] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1184-1187.

[233] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 9-12; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 9-22; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 66-67.

[234] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 9-22. Salienta REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2019, pp. 13-15) que, embora sejam enquadrados como princípios, não possuem efetivamente natureza jurídica principiológica. Isto porque os princípios estruturantes não podem ceder perante outros bens, direitos ou valores constitucionais, ou seja, possuem uma natureza absoluta e devem ser sempre observados sob pena de inconstitucionalidade. Apesar de não poderem ceder, para se analisar a sua violação em questões constitucionais difíceis, afirma REIS NOVAIS que podem ser necessárias avaliações e ponderações subjetivas, de forma a exigir uma fundamentação racional e o respectivo controle.

[235] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1173.

ordem divina, natural ou racional. De qualquer forma, são sempre parâmetros para se considerar uma ordem constitucional como justa, conferindo legitimidade e legitimação a uma ordem jurídico- constitucional positiva.[236]

Algumas Constituições consagram expressamente os princípios estruturantes, como se constata do artigo 28 da Constituição Alemã ("O ordenamento constitucional dos *Länder* deve corresponder aos princípios do Estado de direito republicano, democrático e social nos termos da presente lei Fundamental"), bem como do artigo 1º da Constituição Espanhola ("A Espanha constitui-se em Estado Social e democrático de direito").[237] Mesmo que não esteja expressamente consagrado no texto constitucional, a existência do princípio estruturante deve ser inferida do conjunto de normas da Constituição.[238] Nesse sentido, a Constituição Francesa prevê no artigo 1º que "A França é uma República indivisível, laica, democrática e social", sem que haja qualquer referência ao termo "Estado de Direito". Da mesma forma, a Constituição da Áustria ("A Áustria é uma República democrática) e da Itália ("A Itália é uma República democrática") também não fazem referência ao "Estado de Direito", entretanto, não se pode desprezar que sejam autênticos Estados de Direito e que este princípio seja da essência da Constituição. Mesmo que não expressamente previsto na Constituição, o Estado de Direito decorre do reconhecimento da existência histórica de uma cultura jurídico- constitucional comum aos Estados democráticos do Ocidente.[239]

Sem a pretensão de apontar taxativamente os princípios estruturantes, CANOTILHO[240] informa de forma indicativa que os princípios estruturantes da

---

[236] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1184-1187.
[237] AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 121-138.
[238] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1184-1187; AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 133-138.
[239] AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 133-138.
[240] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 335-355; 1173-1175; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever a Constituição Dirigente ou romper. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 101-129. Adotando o conceito de um constitucionalismo moralmente reflexivo, CANOTILHO defende a intangibilidade da

Constituição Portuguesa seriam o princípio do Estado de Direito, o princípio democrático e o princípio republicado. O princípio da socialidade seria um dos aspectos do princípio democrático, na sua dimensão da democracia econômica, social e cultural. O princípio da democracia econômica, social e cultural teria idêntica dignidade constitucional que o princípio do Estado de Direito e o princípio da democracia política.

Ainda no âmbito da doutrina portuguesa, REIS NOVAIS[241] aponta como princípios constitucionais estruturantes os três princípios resultantes da sedimentação histórica do ideal do Estado de Direito. Segundo o autor, os princípios estruturantes da República Portuguesa seriam o princípio do Estado de Direito em sentido estrito, o princípio democrático e o princípio da socialidade.

Por outro lado, ao analisar os princípios conformadores e determinantes da Constituição Alemã, para BÖKENFÖRDE [242] os princípios estruturantes seriam o Estado de Direito (artigo 20.3 e artigo 28.1), a forma republicana (artigo 20.1 e artigo 28.1), o Estado Social (artigo 20.1 e artigo 28.1) e a democracia (artigo 28.1). Segundo BÖKENFÖRDE, esses princípios possuem características convergentes e elementos que se contrapõem, mas devem ser interpretados conjuntamente sob a menção de Estado de Direito Social e Democrático, para se atingir o mesmo fim.

---

estrutura moral dos pactos fundadores da Constituição (princípios estruturantes) e sua sujeição ao desenvolvimento constitucional para se adequar à realidade social. Conforme menciona CANOTILHO, estes princípios estruturantes seriam densificados por princípios constitucionais gerais ou especiais e pelas regras constitucionais. Ao contrário da Constituição Alemã que emprega o termo socialidade, a Constituição Portuguesa utiliza o enunciado democracia econômica, social e cultural (artigo 2º), por isso, o autor prefere o uso deste último.

JORGE MIRANDA (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 239-254) sustenta que na concepção de Estado de Direito democrático deve estar inserida a democracia econômica, social e cultural, que deve ser realizada pela democracia política. Segundo o autor, não haveria distinção entre a expressão "Estado de Direito democrático" e "Estado Social de Direito", justificando que o emprego do termo "Estado de Direito democrático" na Constituição Portuguesa teve motivo a conotação negativa do enunciado "Estado Social" antes de 25 de abril de 1974 e pelo realce dado pelo Poder Constituinte à conexão do Estado Social como a democracia.

[241] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 44.

[242] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 118-131.

Ainda sob o enfoque da Constituição Alemã, HESSE[243] sustenta que o princípio republicano, democrático, do Estado de Direito Social e do Estado Federal conferem significado essencial à Constituição e estão entrelaçados uns aos outros. Embora possuam peculiaridades e efeitos diferentes, possuem a função de limitar e complementar reciprocamente um ao outro, dessa forma, estão coordenados em favor de uma unidade interna. Por isso, como menciona HESSE, toda a interpretação isolada de um desses princípios estaria fadada ao fracasso.

Analisando a Constituição Federal Brasileira, sem a intenção de apontar taxativamente todos os princípios estruturantes, pode-se concluir que os referidos princípios e os respectivos subprincípios foram consagrados no Título I (Dos Princípios Fundamentais), nos artigos 1º ao 4º. O artigo 1º prevê que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito. Embora não tenha sido expressamente mencionado no *caput* do artigo 1º, o princípio da socialidade constitui um princípio estruturante da Constituição Brasileira, ao lado dos princípios republicano, democrático e do Estado de Direito.

Parte da doutrina brasileira entende que o princípio da socialidade não teria previsão na Constituição Federal, muito menos teria natureza estruturante. Defende que, embora haja uma intenção transformadora do *status quo*, o Estado Democrático de Direito seria a junção dos conceitos do Estado de Direito e do Estado Democrático.[244] O Estado de Direito e o Estado Social não poderiam fundir-se no plano constitucional, um vez que a expressão Estado Social de Direito seria carregada de suspeição, poderia abrigar várias espécies de ideologias, inclusive as não comprometidas com a democracia, como na Alemanha nazista, na Espanha franquista e em Portugal salazarista. [245] Entretanto, não restam dúvidas que a socialidade foi consagrada como princípio

[243] HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 216-221.
[244] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 116-126.
[245] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 120.

estruturante da Constituição Brasileira de 1988, como pode ser inferido do processo constituinte e das próprias normas constitucionais.

O processo constituinte, que resultou na promulgação da Constituição de 1988, teve início no governo José Sarney e, com as eleições livres, foi instaurada a Assembleia Constituinte, em 1º de fevereiro de 1987, presidida pelo Deputado Ulisses Guimarães. O embate entre as antigas e as novas forças políticas e sociais conferiu um caráter pluralista à Constituição, moldando a maneira do Poder Público se relacionar com o indivíduo. Dentre as correntes que inspiraram a nova Constituição, além de uma preocupação com a liberdade individual, após as sequelas deixadas pelo regime militar, havia um forte anseio de que esse documento jurídico fosse um instrumento transformador da realidade social e de redução das desigualdades. Sob inspiração da doutrina socialista e da doutrina social da Igreja, a constituição consagrou inúmeros preceitos concretizadores do Estado Social, sem, entretanto, abandonar a garantia dos tradicionais direitos de liberdade na recém-criada democracia.[246]

Logo após a promulgação da Constituição de 1988, sobrevieram diversas alterações constitucionais, entretanto, não foram capazes de desfigurar o caráter social do Estado. No decorrer da década de 90, o Brasil estava no auge do seu processo inflacionário e a dívida pública aumentava a passos largos, discutia-se a capacidade financeira do Estado de arcar com os gastos dos novos direitos sociais. Por sua vez, o processo neoliberal imposto pela globalização impunha medidas aos Estados Nacionais de contenção de gastos e respectivos cortes de

[246] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 75-83; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 90-92; BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 9-46. Assim como a Constituição Portuguesa de 1976 e a Espanhola de 1978, a Constituição Brasileira resultou da superação de um regime autoritário, não foi por outro motivo que a Constituição Brasileira teve enorme influência daquelas constituições. Ao contrário da Constituição Portuguesa, que em seu preâmbulo assume o compromisso de transição da sociedade para o regime socialista, a Constituição Brasileira não assumiu tal obrigação. Entretanto, não se pode negar a forte influência da doutrina socialista na Constituinte, seguindo a orientação das constituições dos países europeus do pós-guerra. Marca determinante da doutrina da social- democracia pode ser constatada na previsão dos direitos sociais como direitos fundamentais, uma vez que nas constituições anteriores havia somente previsão desses direitos no capítulo da ordem econômica e social, com eficácia meramente programática.

direitos na área social, o que nitidamente impactou a política econômica brasileira. Para equilibrar as contas públicas, a partir de 1995, foram promulgadas as emendas constitucionais nº 5, 6, 7, 8 e 9, que extinguiram algumas restrições ao capital estrangeiro e flexibilizaram o monopólio estatal sobre gás canalizado, o petróleo e as telecomunicações. Ademais, como forma de conter os gastos públicos, foi imposto um programa de diminuição do Estado, com a privatização de várias empresas estatais. Como consequência, foram criadas as agências reguladoras e as agências executivas, com o papel de regular o mercado econômico recém criado com assunção de tarefas antes desempenhadas pelo Estado. Pretendia-se que o Estado assumisse uma função gerencial das atividades de interesse público, em vez de contabilizar gastos com a obrigação de prestar esses serviços. [247]

O processo de contenção de despesas prosseguiu com a Emenda Constitucional nº 19, que previu o princípio da eficiência no serviço público, flexibilizou a estabilidade no funcionalismo público e impôs um teto remuneratório para os servidores públicos. No mesmo sentido, foi aprovada a Emenda nº 20, que reformou o sistema de previdência social brasileiro, principalmente através da mudança do critério de aposentadoria, de tempo de serviço para tempo de contribuição. Ainda como forma de equilíbrio das despesas públicas, no plano infraconstitucional foi criada a Lei de Responsabilidade Fiscal, que previu mecanismos de controle de gastos públicos e pesadas sanções para quem desrespeitasse as metas estabelecidas na lei.[248]

---

[247] BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 9-46. Adverte BONAVIDES (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, p. 371; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167) que a adoção dessa política neoliberal de diminuição do Estado seria uma tentativa das elites de destruir o Estado Social brasileiro e os respectivos avanços constitucionais promovidos pelo Constituinte de 1988 para a mitigação da injustiça social. Segundo o autor, em virtude da adoção do neoliberalismo pelo Governo Brasileiro, seriam beneficiadas somente parcelas privilegiadas do mercado financeiro e empresarial, com o correlato empobrecimento das classes assalariadas.

[248] BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 9-46.

Por conta da adoção dessas medidas políticas e econômicas, alguns autores preferem denominar esse novo Estado de pós-social, que se caracterizaria por um Estado subsidiário, em que as atividades econômicas de serviços essenciais são desenvolvidas pela iniciativa privada, muitas vezes em parceria com o setor público. Entretanto, em que pesem todas as reformas Constitucionais, o Brasil ainda continua sendo um Estado de cunho social, com o compromisso com a justiça social.

Embora a natureza social do Estado não esteja prevista no *caput* do artigo 1º, o princípio da socialidade é indissociável do Estado Democrático de Direito.[249] Mesmo que não haja previsão expressa no *caput* do artigo 1º da Constituição Brasileira, o Estado Social foi sedimentado pela experiência histórica, estando consagrado no que se entende atualmente por Estado de Direito. Dessa forma, na expressão *"Estado de Direito Democrático"*, prevista no artigo 1º, estão sedimentados os três princípios resultantes da evolução do Estado, quais sejam, o princípio do Estado de Direito em sentido estrito, o princípio democrático e o

[249] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 69-74; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 370-375; pp. 588-590; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 87-90; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 346-347; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Editora JusPodivm, 9ª Ed., Salvador, 2015, pp. 119-120; BASILIO, Carlo Artur. Direitos Sociais – Questões conceituais e efetividade. Revista de Interesse Público – IP, ano 16, n. 83, Belo Horizonte, jan./fev. 2014, pp. 195-212.
Nesse sentido é o entendimento de FERREIRA FILHO (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 347), de que "os direitos sociais são de grande relevância para o Estado social de Direito que consagra a atual Constituição ao falar imprecisamente em Estado democrático de Direito."
Defendendo a importância do princípio da socialidade para sedimentação do atual Estado de Direito Social e Democrático, BONAVIDES (BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. Ed. Malheiros, 2ª Ed., São Paulo, 2003, pp. 9) advoga que "democracia participativa e Estado social constituem, por conseguinte, axiomas que hão de permanecer invioláveis e invulneráveis, se os povos continentais da América Latina estiverem no decidido propósito de batalhar por um futuro que reside tão-somente na democracia, na liberdade de desenvolvimento."

princípio da socialidade, que são indissociáveis. São esses três princípios que compõem o Estado de Direito das sociedades democráticas atuais.[250]

Tanto o preâmbulo como o Título I (Dos Princípios Fundamentais) revelam um compromisso com a mudança do *status quo*, constituindo os princípios democrático (artigo 1º, incisos II, V e parágrafo único) e da socialidade (artigo 1º, inciso IV) como base para a transformação social e redução das desigualdades. Ao contrário do Estado Marxista, em que a igualdade social deveria ser implantada através da ditadura do proletariado, o Estado Social adotado pela Constituição de 1988 impõe que a justiça social seja uma conquista democrática, conforme prevê o parágrafo único do artigo 1º.

No mesmo Título I (Dos Princípios Fundamentais) resta nítida a conciliação entre o capital e o trabalho, própria de um Estado Social, no qual a Constituição impõe como fundamento da República Federativa Brasileira os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV). O Título VII, Capítulo I, aprofundando a pacificação entre os detentores do capital e os trabalhadores, prevê que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Nos termos do artigo 170, a finalidade da ordem econômica é assegurar a todos uma existência digna, de acordo com os preceitos da justiça social.[251] Dentre os princípios que regem a ordem econômica estão a função social da propriedade, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca de pleno emprego e o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte (artigo 170).

Ainda como decorrência da consagração do Estado Social na Constituição, no Título I (Dos Princípios Fundamentais), o artigo 3º prevê que

---

[250] ALEXANDRINO, José de Melo. A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa de 1976. Vol. II, Ed. Almedina, Coimbra, 2006, pp. 202; NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma teoria do Estado de Direito. Ed. Almedina, Coimbra, 2006, pp. 190-193; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15- 45. Esse é o entendimento dos autores quanto à Constituição Portuguesa que também pode ser adotado no ordenamento constitucional brasileiro.

[251] SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 185. Segundo José Afonso da Silva (SILVA, op. cit., 2012, pp. 185): "A Constituição de 1988 é mais incisiva ao conceber a ordem econômica sujeita aos ditames da justiça social para o fim de assegurar a todos existência digna."

são objetivos da República Brasileira a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso III); a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV).

Para garantia desses objetivos, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo II (Dos Direitos Sociais), previu-se um extenso catálogo de direitos sociais, que compõem a medula axiológica da Constituição e conferem concretude ao princípio da socialidade.[252] No artigo 6º são enunciados os direitos à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância e à assistência aos desamparados. Já no artigo 7º estão previstos os direitos dos trabalhadores, como o seguro desemprego, o fundo de garantia por tempo de serviço, o salário mínimo, o piso salarial, o décimo terceiro salário, a participação nos lucros, a jornada semanal de quarenta e quatro horas, a licença gestante, a licença paternidade, o aviso prévio proporcional, adicional para atividades penosas, insalubres e perigosas, proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, aposentadoria, redução dos riscos inerentes ao trabalho, dentre outros. Em capítulos próprios ainda estão minudenciados os direitos à educação, à cultura e ao desporto (capítulo III do Título VIII), à saúde, à previdência social e à assistência social (capítulo II do Título VIII), à proteção à família, à criança, ao adolescente e ao idoso (capítulo VII do Título VIII).

Para que a República Brasileira cumpra seu dever de promover a justiça social, além dos direitos previstos no catálogo, o Poder Constituinte assegurou que outros direitos sociais podem ser garantidos. Isto porque os direitos sociais estão previstos de forma meramente exemplificativa, em um rol mínimo que não

[252] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, p. 374.
No mesmo sentido: SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 207-212; AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 583-633.

pode ser suprimido pelo legislador.[253] Assim sendo, a previsão dos direitos sociais nos artigos 6º e 7º não excluem outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, nem os previstos em tratados internacionais incorporados ao ordenamento brasileiro.[254] Nesse sentido é o *caput* do artigo 7º, ao prever a possibilidade de serem criados outros direitos sociais que visem a melhoria da condição social do trabalhador, bem como o artigo 5º, § 2º ("*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*").

No Capítulo I, do Título III, que trata da "Organização do Estado", há previsão expressa do dever estatal de promover o acesso aos bens sociais, com determinação da competência que cabe a cada ente federativo (artigos 21 ao 30). Outrossim, o Poder Constituinte expressamente dotou de competência uma Justiça Especializada para o processamento e julgamento de causas em que se discute a violação de direitos sociais de trabalhadores (artigos 111 ao 116).

Como forma de garantia contra futura supressão, o artigo 60, parágrafo 4º, incluiu os direitos sociais nas chamadas cláusulas pétreas. Nos termos do mencionado dispositivo, não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais (inciso IV). Como os direitos sociais estão topograficamente localizados no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), também estariam protegidos contra futuras alterações promovidas pelos poderes constituídos.[255] Aos direitos sociais deve ainda ser aplicada a norma do artigo 5º, parágrafo 1º, que impõe que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tenham aplicação imediata.[256]

---

[253] PINTO, Ferreira. Comentários à Constituição Brasileira, Volume 1, Editora Saraiva, São Paulo, 1989, p. 222.

[254] AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 583-633.

[255] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 75-83; BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 651-662; AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 583-633.

[256] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 75-83; AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo,

Em que pesem opiniões em contrário, como direitos fundamentais, os direitos sociais são dotados de aplicabilidade imediata.

O Título VI (Da Tributação e do Orçamento) previu diversos preceitos para a concretização de uma justiça fiscal e de redistribuição de renda, como a graduação do imposto de acordo com a capacidade econômica do contribuinte (artigo 145, §1º), a vedação de tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (artigo 150, inciso II), a vedação da utilização do tributo com efeito de confisco (artigo 150, inciso IV), a possibilidade da União conceder incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio- econômico entre as diferentes regiões do país (artigo 151, inciso I), a progressividade de imposto territorial rural sobre propriedades improdutivas (artigo 153, § 4º), a não incidência do imposto territorial rural sobre pequenas glebas rurais (artigo 153, §3º), a progressividade do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana em razão do valor do imóvel e diferença de alíquotas em virtude da localização e do uso do imóvel (artigo 156, § 1º), a vinculação da receita de imposto para ações e serviços públicos de saúde e desenvolvimento do ensino (artigos 167, 198, § 2º e 212).

Tudo isso permite concluir pela adoção do Estado Social como princípio estruturante da Constituição Federal Brasileira. Portanto, a interpretação das normas e a resolução das questões constitucionais devem ser enfrentadas sob a ótica de uma Constituição de Estado Social, refratária ao individualismo e defensora de uma intervenção estatal na área econômica e social.[257] O Estado

---

2012, pp. 583-633; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 207-212. Ao contrário da Constituição Portuguesa (artigos 17º e 18º), a Constituição Brasileira não previu um regime distinto para os direitos, liberdades e garantias em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais.

[257] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 372-373; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167. Segundo BONAVIDES (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, p. 372): "(...) um dos mais graves problemas do Direito Constitucional decorre de que ele realiza os fins do Estado Social de hoje com as técnicas do Estado de Direito de ontem." Por conta disso, o autor defende a adoção de novas técnicas e institutos para garantir e tornar efetivos os direitos sociais básicos.

Utilizando-se da classificação proposta por LOEWENSTEIN (LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Karl Loewenstein. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte Editora Ariel, 2ª Ed., Barcelona, 1970, pp. 216 e ss.), entre constituição normativa,

Social na Constituição de 1988 se caracteriza por um claro direcionamento para a intervenção estatal e para a promoção da justiça social, pressupondo a igualdade no exercício da liberdade da capacidade de ter e adquirir, no qual as normas de direito privado sejam materializadas e sejam assegurados direitos sociais básicos, como forma de distribuição mais justa da riqueza produzida pela sociedade e proteção mais efetiva dos riscos sociais.

Por isso, o princípio da socialidade não se compatibiliza com a distribuição de bens sociais e econômicos baseada na economia de mercado, na qual prevalece a liberdade e a igualdade jurídicas. Ao se permitir que somente aqueles que possuem talentos sociais mais importantes assumam postos sociais relevantes, se reproduz a distribuição inicial de talentos e de recursos, perpetuando a desigualdade social. Da mesma forma, a distribuição de bens sociais e econômicos determinada pelos talentos e capacidades naturais, de acordo com a lógica de uma loteria natural, não pode ser tolerada. Ao estabelecer como objetivo da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I), a Constituição impôs um dever jurídico ao Estado e a todos os cidadãos brasileiros de agir de acordo com a prática solidária, na qual os talentos naturais são bens comuns e os respectivos benefícios devem ser partilhados por toda a sociedade. A adoção da meritocracia como critério exclusivo para distribuição de bens sociais e econômicos, com fundamento no mérito individual, não se compadece com o princípio da solidariedade do Estado de Direito Social e Democrático (artigo 3º, inciso I), portanto, somente é justa a distribuição de bens sociais e econômicos que importe em benefício dos membros mais necessitados da sociedade.[258]

Nesse modelo, o princípio da socialidade impõe que todos os membros da sociedade assumam compromissos recíprocos para a promoção da justiça social, asseverando um dever de cuidado para com o outro, em que a

---

nominal e semântica, a Constituição de 1988 deve efetivamente ser um norte para o Poder Público, como instrumento de erradicação da pobreza e de redução das desigualdades (artigo 3º). Embora o projeto social tenha tido grande avanço com a Constituição de 1988, ainda hoje o programa do Estado Social não logrou completa efetivação. Ainda há um caminho longo a ser percorrido rumo a uma Constituição normativa de um Estado Social.

[258] RAWLS, John. A Theory of Justice. Oxford, 1971 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 99-107.

distribuição de bens econômicos e sociais deve ser direcionada para aqueles que não possuam condições de aceder a eles por conta própria. Portanto, o Estado e toda sociedade estão incumbidos de implementar uma nova perspectiva de cooperação, de responsabilidade social, de igualdade substancial e de justiça distributiva, caso em que o princípio ganha concretização, dentre outros aspectos, na justa distribuição de benefícios pecuniários ou de serviços, na materialização do direito privado e na submissão de direitos de liberdade ao cumprimento de uma função social.

Como resultado da consagração do princípio da socialidade na Constituição Brasileira percebe-se duas mudanças significativas de paradigmas. A primeira seria a própria alteração da concepção do Estado, que deve se organizar, se estruturar e atuar como um Estado de Direito que não pode abdicar da sua qualificação social. Ao lado dos princípios do Estado de Direito estrito senso e democrático, configuram o conceito do atual Estado de Direito das Constituições modernas, por isso, não podem ser compreendidos de forma isolada e estática, mas sim de maneira dinâmica e relacional. [259] Por outro lado, a consagração constitucional do princípio da socialidade impõe a transformação da relação Estado- indivíduo e da própria relação entre os indivíduos que compõem o todo social, com uma mudança de paradigma em cinco aspectos. Primeiro, os direitos sociais (direitos econômicos, sociais e culturais) tornam-se direitos fundamentais. Segundo, os tradicionais direitos de liberdade, surgidos

[259] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever a Constituição Dirigente ou romper. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 101-129; VALADÉS, Diego. El bienestar social como responsabilidad del Estado Constitucional. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19, jan./jun., 2012, pp. 95- 108; CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A dimensão constitucional do Estado Social de Direito na Espanha. Tradução: Hugo César Araújo de Gusmão. Revista Direitos Fundamentais e Justiça nº 2, jan./mar. 2008, pp.105-131.
Segundo o autor (CALLEJÓN, op. cit., 2008, pp. 123): "(...) o princípio do Estado social e democrático de Direito apela a uma fórmula de contornos elásticos, que se concretam no momento em que se tem que resolver os problemas jurídico- constitucionais."
Por sua vez, VALADÉS (VALADÉS, op. cit., 2012, pp. 95- 108) informa que para a promoção da justiça social e a extirpação do autoritarismo e da corrupção é fundamental o fortalecimento das instituições democráticas. A mera adoção do Estado Social, com o propósito de promover políticas de bem-estar social para parte da população pode encobrir sistemas autoritários corruptos e violadores das liberdades, como ocorreu nos regimes populistas do século XX, em que a instituição do bem-estar social, quando não acompanhada de instituições democráticas, configurava um risco para os direitos de liberdade e exacerbava a corrupção política.

com o Estado Liberal, passam a ser reinterpretados à luz do novo princípio da socialidade, no sentido de que a legitimidade do seu exercício fica condicionada ao atendimento de um aspecto social e comunitário, passam também a ser admitidas restrições legítimas aos tradicionais direitos de liberdade. Terceiro, os direitos fundamentais deixam de ser exercidos somente em face do Estado, como valores objetivos expandidos para toda a sociedade, também ganham aplicabilidade nas relações privadas. Quarto, surgem novos direitos decorrentes da responsabilidade e da solidariedade social. Quinto, a atribuição de direitos políticos a setores da sociedade, antes excluídos, com a consolidação da democracia como condição do Estado de Direito. Os direitos políticos, antes condicionados ao direito de propriedade no Estado Liberal, passam a ser exercidos pelo povo.[260]

Nesse sentido, para uma melhor sistematização do presente estudo, nos próximos capítulos serão abordadas as repercussões da adoção do princípio constitucional estruturante do Estado Social na Constituição.

[260] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15- 45; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 36-38.
Concepção similar também é defendida por JORGE MIRANDA (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 37-38) ao sustentar que com o surgimento do Estado Social houve as seguintes tendências em relação aos direitos fundamentais: diversificação do catálogo, para além dos direitos clássicos; acolhimento de direitos ligados à defesa contra a utilização abusiva dos meios tecnológicos e da sociedade de riscos; a consideração do homem situado, traduzida pela relevância dos grupos e das pessoas coletivas e na conexão com garantias institucionais; a dimensão objetiva e a irradiação para todo o ordenamento jurídico; a natureza principiológica da maioria das normas de direitos fundamentais; a complexidade da estrutura das normas de direitos fundamentais; a dimensão plural e poligonal das relações jurídicas; a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas; a utilização da ponderação para resolução de conflitos de direitos; a dimensão procedimental e participativa do direito fundamental; a aplicabilidade direta; a concretização dos direitos fundamentais pela Administração, para além do legislador; o enlace com o direito internacional; e o desenvolvimento de garantias e sua ligação com a fiscalização da legalidade e da constitucionalidade.
Com posição semelhante quanto à Constituição Brasileira: BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167.

CAPÍTULO IV – O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E A CONCEPÇÃO DO ATUAL ESTADO DE DIREITO

1- O ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO E SOCIAL

O Estado Social constitui um dos princípios estruturantes da Constituição Brasileira e dá forma à concepção atual do Estado de Direito, juntamente com os princípios do Estado de Direito em sentido estrito e do democrático, dessa forma, não pode ser interpretado de forma isolada e dissociada. Os valores contidos nos princípios estruturantes da moderna concepção do Estado de Direito exercem influência e são influenciados reciprocamente, são projetados por toda a ordem constitucional e não podem ser interpretados e aplicados de forma isolada e estática, mas sim de maneira dinâmica e relacional. [261]

Embora os princípios estruturantes do Estado de Direito, da democracia e da socialidade tenham conteúdos distintos, atuam de forma conjunta, complementando-se, limitando-se e condicionando-se reciprocamente. Nas suas relações recíprocas, a alteração de significado ou de compreensão de um dos princípios produz consequências sobre o entendimento do outro. Por isso, são dotados de especificidade e deve haver concordância prática, no sentido de que cada princípio possui conteúdo, extensão e alcance específicos, que devem ser harmonizados de forma a obter máxima efetividade de cada um e impedir que haja o sacrifício de um dos princípios em relação aos outros. Todos devem ser harmonizados em favor de uma base antropológica comum: o homem como pessoa, como cidadão e como trabalhador, dessa forma, deve ser garantida a identidade e a integridade física e espiritual do ser humano em face dos poderes constituídos, por meio de formas, regras e procedimentos jurídicos (princípio do

[261] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever a Constituição Dirigente ou romper. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 101-129; HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 216-221; CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A dimensão constitucional do Estado Social de Direito na Espanha. Tradução: Hugo César Araújo de Gusmão. Revista Direitos Fundamentais e Justiça nº 2, jan./mar. 2008, pp.105-131; AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 121- 133.

Estado de Direito); deve ser assegurada sua participação livre nas decisões democráticas (princípio democrático e republicano); e deve ser protegido de riscos existenciais, por meio do acesso ao trabalho, à liberdade econômica e à segurança social (princípio do Estado Social).[262]

Isto não quer dizer que exista um vínculo existencial necessário entre os princípios estruturantes do Estado de Direito, da socialidade e da democracia. Historicamente existiu Estado de Direito sem democracia (Monarquia Constitucional Brasileira da Carta de 1824 e Monarquia Constitucional Alemã do século XIX), assim como Estado de Direito sem Estado Social (Estado Liberal Burguês) e Estado Social sem democracia (antiga União Soviética, República Popular da China e Cuba). Na verdade, embora exista um vínculo que os une em favor de um mesmo objetivo, os princípios estruturantes do Estado de Direito, da socialidade e da democracia têm conteúdo distinto. O princípio democrático tem um caráter preponderantemente orgânico e formal, diz respeito à quem é o titular do poder estatal, ou seja, se refere à formação, à legitimação e ao controle dos órgãos que exercem o poder organizado do Estado.[263] O Estado de Direito, por sua vez, tem caráter material e procedimental, constitui a maneira como deve proceder a atividade estatal, impondo limites e vinculando o Estado como forma de garantir a liberdade individual e social, notadamente através do reconhecimento dos direitos fundamentais, da legalidade administrativa e da

---

[262] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1184-1187.
Da mesma forma, no âmbito do ordenamento constitucional espanhol, leciona CALLEJÓN (CALLEJÓN. Francisco Balaguer. A dimensão constitucional do Estado Social de Direito na Espanha. Tradução: Hugo César Araújo de Gusmão. Revista Direitos Fundamentais e Justiça nº 2, jan./mar. 2008, pp.110): "O Estado Constitucional passa a ser um Estado de Direito que não só é democrático como também social, isto é, um Estado que fomenta uma maior igualdade social e que deve garantir não só a liberdade dos cidadãos, como também as condições materiais que tornem possíveis a liberdade e a dignidade.
Como também na doutrina brasileira, GODINHO DELGADO (DELGADO, Mauricio Godinho & Porto, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem- Estar Social no Capitalismo Contemporâneo. Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário nº 20, set/out -2007, pp. 5 – 14) informa com acerto que o Estado de Direito Democrático e Social: "(...) não se resume apenas a uma política pública (embora esta seja fundamental e distintiva), traduzindo também uma maneira de organização da sociedade civil, em que se dá prevalência às ideias de liberdade, democracia, valorização da pessoa humana e valorização do trabalho, especialmente do emprego."

[263] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 118-131.

proteção jurídica por meio de Tribunais Judiciais independentes.[264] Entretanto, a abordagem acadêmica do Estado de Direito e da democracia, em separado e para fins classificatórios, não importa em conceber, sob o aspecto normativo, a possibilidade de existir um Estado de Direito sem o caráter democrático.[265]

A democracia não é um conceito de fato ou da realidade das coisas tal como elas são, mas um conceito normativo, pertencente ao mundo do *dever ser*. Por isso, os princípios do Estado de Direito e democrático são complementares, isto porque o querer da maioria não pode ser uma fórmula vazia, que pode ser preenchido com qualquer conteúdo. O conceito normativo da democracia impõe um *dever ser* comprometido com o respeito a determinados conteúdos.[266] O processo histórico de sedimentação do Estado de Direito Democrático e sua previsão na Constituição importa que haja um vetor comum no qual confluem o Estado de Direito e a democracia. Dentre os objetivos comuns do princípio democrático e do Estado de Direito estão a garantia e a promoção dos direitos fundamentais. Isto porque os direitos fundamentais são responsáveis por impor uma configuração ao poder de decisão do Estado legitimado democraticamente, no sentido de que não só direciona o exercício do poder político a uma ordem e lhe dá forma, como também o limita e o vincula em conteúdo e alcance.[267]

---

[264] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 118-131.

[265] HABERMAS, Jürgen. Sobre o nexo interno entre o Estado de direito e a democracia. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp.123-134. Assim como RAWLS (RAWLS, John. Réplica a Habermas. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016, pp. 75-143), HABERMAS defende a superação de uma dicotomia entre autonomia pública e a autonomia privada, na medida em que os cidadãos apenas podem fazer uso adequado da autonomia pública quando são suficientemente independentes através de uma autonomia privada assegurada por igual a cada membro da sociedade, por outro lado, somente se pode chegar a um consenso sobre o uso adequado da autonomia privada quando investidos na condição de cidadãos, por meio de uma autonomia pública.
Como adverte HABERMAS, ao tratar do Estado de Direito e da democracia, "estes motivos empíricos para um tratamento acadêmico destes dois objetos, caracterizados pela divisão do trabalho, ainda não significam, de modo algum que, sob o ponto de vista normativo, possa existir um Estado de direito sem democracia"

[266] AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 313-319.

[267] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 118-131; HABERMAS, Jürgen. Sobre o nexo interno entre o Estado de direito e a democracia. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp.123-134;

Na medida em que a igualdade e a liberdade são condições constitutivas da democracia e garantias do Estado de Direito, os direitos de liberdade e igualdade importam em efetivas limitações e vinculações. Dessa forma, como decorrência da adoção pela Constituição da fórmula de um Estado de Direito Democrático e a consequente imposição de uma finalidade comum ao princípio do Estado de Direito e ao princípio democrático, há uma dupla garantia. A limitação e a vinculação decorrentes do princípio democrático, como resultado dos direitos de liberdade e igualdade democráticos, assegurariam a participação do cidadão no processo de formação da vontade política, como um direito de liberdade e de igualdade de participação democrática. Por sua vez, a limitação e a vinculação impostas pelo Estado de Direito seriam mais amplas, uma vez que não se restringem ao indivíduo enquanto mero participante do processo democrático, mas sim como membro de uma comunidade.[268]

Por outro lado, o conteúdo do princípio do Estado Social e a sua relação com os demais princípios estruturantes depende do modelo a ser adotado. Interpretando a Constituição Alemã sob uma perspectiva liberal, defende BÖCKENFÖRDE[269] que a previsão do Estado Social na Constituição não denota preponderantemente um princípio de legitimação ou de delimitação do poder estatal, como os princípios democrático e do Estado de Direito respectivamente, mas sim de estabelecimento de um determinado fim ao Estado. Por conta disso, a atuação dos órgãos estatais deve ser direcionada para eliminação do antagonismo e da desigualdade social, como também para assegurar a todos os indivíduos os pressupostos sociais imprescindíveis para a realização da liberdade, tanto no que diz respeito ao exercício da autonomia privada como à participação no processo democrático. Por consequência, segundo BÖCKENFÖRDE[270], entre a democracia e o Estado Social não existe uma

---

AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 313-319.

[268] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 118-131; HABERMAS, Jürgen. Sobre o nexo interno entre o Estado de direito e a democracia. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp.123-134.

[269] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 118-131.

[270] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 118-131.

relação de limitação recíproca, mas sim uma relação de impulso e apoio por parte da democracia em prol do Estado Social. Como os direitos de liberdade e igualdade democráticas assegurariam a participação livre e igual do cidadão na formação de vontade do Estado, os interesses sociais devem ser debatidos no campo político. Em consequência, para o autor, o Estado Social seria o resultado político do princípio democrático.

Na mesma linha de DENNINGER [271], GRIMM [272] e HESSE [273], BÖCKENFÖRDE adota um modelo liberal de sociedade, na qual a Constituição deve realizar uma separação entre a esfera de uma sociedade econômica e a esfera estatal que tem como objetivo o bem comum. Na sociedade econômica os indivíduos devem buscar sua felicidade e seus interesses de forma autônoma e privada, sem interferência do Estado, enquanto o bem comum deve ser alcançado pelas tarefas e objetivos do Estado. A Constituição do Estado de Direito Democrático deve ter a preocupação primária de proteger o indivíduo na sua relação com o Estado, uma vez que as relações horizontais entre pessoas privadas não possuem relevância para a Constituição.

Sustenta HESSE [274] que essa perspectiva liberal adotada pela Constituição Alemã importa em que sejam direitos fundamentais somente os direitos de defesa, nos quais o cidadão seria dotado de uma pretensão de exigir

---

No mesmo sentido: HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 177. Segundo HESSE, "A fórmula do estado de direito social contém, por conseguinte, sem dúvida, para o legislador que concretiza, um encargo obrigatório, mas não diretrizes obrigatórias para o cumprimento desse encargo."

[271] DENNINGER, Erhard. Der gebändigte Leviathan. Baden- Baden, 1990 apud HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 304-314. Segundo DENNINGER (DENNINGER, Erhard. Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe. In: Denninger, 1990, pp. 159 apud HABERMAS, op. cit., 1997, pp. 304) "(...) não era função da constituição combinar a esfera do bem individual e do bem comum sob a ideia de conteúdo mais abrangente.".

[272] GRIMM, Dieter. Die Zukunft der Verfassung. Frankfurt am Main, 1991 apud HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 304-314.

[273] HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 232-238.

[274] HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 232-238.

que o Estado não intervenha na sua esfera jurídica, assegurada através de uma norma constitucional imediatamente aplicável. Segundo o autor, a Constituição Alemã não reconhece como direitos fundamentais aqueles qualificados como direitos à participação em prestações sociais. Embora o legislador tenha que cumprir o encargo previsto na cláusula do Estado Social, não existe qualquer mandamento constitucional que imponha diretrizes para tanto, por isso, não resulta em qualquer pretensão individual a ser exigida judicialmente.

Como consequência, há uma evidente limitação da função jurisdicional, com a adoção de um modelo liberal de separação de poderes, em que há uma conexão estrita do Executivo e do Judiciário à lei. Por meio da adoção de uma teoria positivista clássica, as decisões judiciais constituem um agir orientado pelo passado, com base na legislação produzida pelo parlamento, ao passo que as decisões do legislador democrático são orientadas para o agir futuro.[275]

Por meio de uma crítica ao modelo liberal, HABERMAS[276] defende que o princípio da socialidade constitui programas claramente delineados, incluindo objetivos políticos e uma fundamentação em princípios, resultando na materialização da ordem jurídico-constitucional. Como consequência, em comparação com a separação de poderes positivista e liberal, a materialização do direito no Estado Social abre caminho para a adoção da moral, com uma margem maior de liberdade conferida ao Poder Judiciário, que na sua argumentação jurídica deve encampar argumentos morais de princípios. Os princípios exigem uma interpretação construtiva para o caso em concreto, de acordo com o seu contexto e com fundamento em todo o sistema, conferindo a possibilidade de o Judiciário agir orientado para resolução de problemas do presente e do futuro.

Além disso, de acordo com HABERMAS[277], com a mudança de paradigma para o Estado Social e o respectivo reconhecimento dos conteúdos

---

[275] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 304-314.

[276] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 304-314.

[277] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 304-314.

jurídicos objetivos dos direitos de liberdade, o sistema de direitos fundamentais passou a constituir parâmetro para todo o ordenamento jurídico, significando que o direito deve proteger o cidadão não apenas em face do poder administrativo, mas também contra o poder social das grandes organizações.

Por sua vez, entende HABERMAS[278] que os direitos sociais não seriam destinados somente a garantir as condições de vida necessárias ao exercício, em igualdade de oportunidades, dos direitos de liberdade privados e dos direitos políticos dos cidadãos, na medida em que tal concepção acarretaria uma fundamentação relativa dos direitos sociais, enquanto os direitos de liberdade privados e políticos contariam com uma fundamentação absoluta. Defende que a assistência prestada pelo Estado não se esgota em sua função de produzir ou restabelecer a autonomia privada ou a autonomia pública, há um valor intrínseco que aponta para obrigações positivas, em que a comunidade política manifesta apoio às políticas assistenciais e programas de auxílio, através de um sentimento de solidariedade. Do ponto de vista normativo, os direitos sociais asseguram pretensões a uma participação justa na riqueza social.

No âmbito da doutrina portuguesa, CANOTILHO[279] sustenta que o princípio da democracia econômica, social e cultural não pode ser concebido como uma mera cláusula de socialidade, com caráter político- organizatório-programático, ou seja, um conceito em branco sem qualquer substância normativo- constitucional. Como há previsão constitucional expressa de direitos sociais, econômicos e culturais, através desses preceitos, o princípio da democracia econômica, social e cultural ganha concretude e resulta em direitos subjetivos aos cidadãos. Embora o princípio da democracia econômica, social e

[278] HABERMAS, Jürgen. Réplica às contribuições no Simpósio da Cardozo Law School. In: A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 535-537. Segundo HABERMAS (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 294) "Os direitos liberais que se cristalizam, do ponto de vista histórico, em torno da posição social do proprietário privado, podem ser entendidos sob pontos de vista funcionais, como a institucionalização de um sistema econômico regulado pelo mercado e, sob pontos de vista normativos, como asseguradores da liberdade individual. Sob pontos de vista funcionais, os direitos sociais significam a instalação de burocracias do Estado do bem-estar social, ao passo que, sob pontos de vista normativos, eles asseguram pretensões a uma participação justa na riqueza social."

[279] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 333-354.

cultural seja um princípio fundamental objetivo e não dê margem para uma norma de prestação subjetiva, deve-se reconhecer uma eficácia imediatamente vinculante ao próprio princípio, especificamente quando houver uma arbitrária inatividade do legislador (inconstitucionalidade por omissão); quando se tratar de condições mínimas de existência, como expressão da dignidade da pessoa humana; quando o legislador intervir restritivamente na legislação social, de forma a violar o mínimo para existência condigna; e para justificar a prevalência de um direito econômico, social e cultural, quando em conflito com outro direito. Nestes casos, há uma nítida limitação da margem de decisão do legislador democrático, portanto, em que pese a democracia econômica, social e cultural ser uma tarefa do legislador, existem áreas que a maioria não pode decidir.

O modelo liberal de BÖCKENFÖRDE também não pode ser transposto para o ordenamento jurídico- constitucional brasileiro. Isto porque, por conta da consagração do Estado Social como princípio estruturante e de direitos sociais com a natureza jusfundamental, não se pode conceber que os direitos fundamentais sejam somente os direitos de defesa, uma vez que a Constituição Brasileira expressamente assegura direitos fundamentais prestacionais. Além disso, os direitos sociais previstos na Constituição Brasileira não podem ser interpretados como mera condição para o exercício da autonomia privada e da autonomia pública, há um projeto constitucional mais ambicioso em que se objetiva a redução das desigualdades e das injustiças sociais, por meio da garantia a uma justa participação na riqueza produzida pela sociedade. A concepção da doutrina alemã de que os direitos fundamentais sociais seriam meros pressupostos para a garantia da liberdade, resultando na garantia de direitos sociais mínimos, está descompromissada com a interpretação constitucional. A Constituição Brasileira garante direitos sociais de forma expressa e ampla, sem impor qualquer hierarquia normativa entre direitos de liberdade e direitos sociais, portanto, não se pode adotar qualquer interpretação constitucional restritiva que imponha um papel secundário aos direitos sociais, condicionando a sua natureza jusfundamental ao exercício da autonomia privada ou da autonomia pública. Embora a promoção de direitos sociais seja

fundamental para o exercício dos direitos políticos e civis, não se pode condicioná-lo somente à tal objetivo.[280]

Como consequência da previsão expressa dos direitos sociais como fundamentais, estes representam limites jurídicos para a atuação do legislador, como autênticos trunfos contra a maioria. Embora haja maior dependência da atuação do legislador democrático para a concretização dos direitos sociais, notadamente quando comparados com os tradicionais direitos de liberdade, a legitimidade dos atos da maioria encontra seus parâmetros nas normas de direitos sociais. Por outo lado, em razão da previsão do Estado Social na Constituição de 1988 e da respectiva materialização do ordenamento jurídico, as relações jurídicas de direito privados não constituem área sem qualquer regulação constitucional, em que deve prevalecer a autonomia privada. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais importa em reconhecer que os indivíduos também devem ser protegidos do poder econômico nas relações horizontais.

Portanto, em que pese exista uma relação de impulso e apoio entre a democracia e o Estado Social, existem questões que não podem ser discutidas na arena política e representam verdadeiros parâmetros jurídicos impostos pelo Estado Social à democracia.

2- O PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO

A formação dos Estados Nacionais sucedeu à desagregação do poder feudal, com a sucessiva centralização do poder político na pessoa do monarca. Como consequência, surgiram as Nações, correspondendo à ideia de um território abrangente de uma comunidade com a mesma identidade histórica, cultural e religiosa. Estes novos Estados- Nações caracterizaram-se por sua

[280] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 194-212. Leciona SARMENTO que os direitos sociais não podem ser concebidos como mero pressuposto para o exercício dos direitos de liberdade ou da democracia, sob pena de se desvalorizar a importância dos direitos sociais através de uma hierarquização dos direitos fundamentais, em que os direitos de liberdade teriam certa supremacia sobre os direitos sociais.

qualidade de soberano, por meio da atribuição de um poder independente e supremo.

A perda de poder da antiga classe estamental, remanescente da época medieval, deu margem à consolidação do Estado Absoluto, no qual a sua soberania confundia-se com a figura do rei. A ilimitação do poder do monarca lhe conferia o direito de intervir na vida política, social, cultural, econômica e, inclusive, na vida privada dos súditos, com o pretexto de perseguir o interesse público.[281]

O sentimento de insegurança, gerada pela possibilidade de intervenção ilimitada do Estado na vida privada do cidadão, deu origem à ideia de organização e limitação jurídicas do Poder Público, para a garantia da autonomia, liberdade e segurança dos cidadãos.[282] Os ensinamentos kantianos ofereciam os argumentos filosóficos para a rejeição de um paternalismo absolutista, sobretudo com a concepção de uma igual liberdade para todos os membros da comunidade. Com isso, o termo Estado de Direito (*Rechtsstaat*) começou a ser utilizado pela doutrina jurídica alemã do início do Século XIX, caracterizado pela racionalidade de fins e meios de atuação, através de lei geral e abstrata, com a respectiva rejeição de uma legitimidade fundada em motivos transcendentes ou divinos.[283]

A concepção do Estado de Direito Liberal entendia o ser humano e suas relações sociais de forma abstrata e sob a regulação de um mero formalismo jurídico. Com fundamento em um direito natural de liberdade, cabia ao Direito somente limitar a atuação do Estado, em favor da garantia de uma autonomia privada do indivíduo e o seu respectivo exercício nas relações que se desenvolviam na sociedade.

Com o advento do Estado Social, havia o anseio de que fossem consideradas as necessidades do homem em concreto e situado em uma sociedade, na qual a intervenção estatal seria imprescindível para se garantir iguais liberdades de fato, com base em um Direito que encampasse valores

[281] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15- 45.
[282] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15- 45.
[283] AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 139-152.

materiais como critério de justiça. As barbáries provocadas durante a segunda guerra mundial acentuaram a insuficiência do formalismo jurídico do Estado Liberal como modelo do justo, dando ensejo à consagração de valores consubstanciados na dignidade da pessoa humana nas Constituições do pós-guerra. Surgiu o Estado de Direito material, contraposto ao Estado de Direito formal do positivismo jurídico, fundado nos direitos fundamentais e orientado para a justiça.[284] Com o conceito material de Estado de Direito, os próprios instrumentos jurídicos destinados a assegurar a liberdade no Estado Liberal deixaram de ter uma delimitação meramente jurídico- formal para também se adequarem ao sistema de valores reconhecido constitucionalmente.

Isso não significa que se possa negligenciar a importância das garantias jurídico- formais do Estado de Direito. As garantias formais são responsáveis pela proteção da liberdade individual, inclusive quando as ameaças tenham como justificativas supostos valores materiais concebidos de forma absoluta. Em regimes totalitários, a supressão da liberdade tem início com a mitigação das garantias formais, com fundamento em um direito pré-positivado de uma determinada religião ou grupo social ou do proletariado. Somente em um segundo momento, quando esse direito já tenha se estabelecido como fonte de domínio e instrumento da revolução, eles são positivados para garantia do regime totalitário. Portanto, as garantias formais têm importância fundamental para que o Estado de Direito não seja instrumentalizado para atendimento de valores impostos por determinada interpretação subjetiva.[285]

Como forma de legitimação de um Estado de Direito, autores como DWORKIN[286] e ALEXY[287] preconizam que, mesmo que não estejam previstos

[284] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 245-254.
[285] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 40-45.
[286] DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo, 2011, pp. 127- 203.
[287] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 481- 497; ALEXY, Robert. Direitos Constitucionais e Fiscalização de Constitucionalidade. In: Boletim da Faculdade de Direito, V. LXXXVIII, T. II, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, pp. 511- 526; ALEXY, Robert. Certeza Jurídica e correção. In: Boletim da Faculdade de Direito, V. LXXXVIII, T. II, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, pp. 481- 497; ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto

expressamente na Constituição, os valores morais são parâmetros para aferição de validade e de justiça da norma no sistema jurídico, ou seja, são fonte de limitação dos poderes constituídos. Defende DWORKIN[288] que ao juiz proferir sua decisão deve fundamentá-la com argumentos de princípios, que seriam proposições que descrevem direitos e teriam como base a moral da comunidade, servindo como fonte de legitimidade ao Estado de Direito. Dessa forma, a interpretação e aplicação da Constituição em um Estado de Direito material deve contar com argumentos de princípios, baseados em direitos fundamentais e na respectiva dignidade da pessoa humana. Como menciona CANOTILHO[289], a justiça integra o conceito de direito, se concretizando por meio de princípios jurídicos materiais que podem ser reconduzidos à afirmação e ao respeito à dignidade humana, à proteção da liberdade e desenvolvimento da personalidade e à efetivação da igualdade.

Mesmo a vertente mais moderna do positivismo jurídico, denominada de positivismo inclusivo, defende a importância dos valores morais para o sistema jurídico. HART[290] entende que os valores morais e de justiça, desde que previstos na Constituição, constituem pressuposto de validade das normas jurídicas. Segundo o autor, o sistema jurídico não pode ser dotado de qualquer conteúdo, sua legitimidade depende da incorporação de valores morais e de justiça.

A dignidade da pessoa humana é o elemento axiológico central do Estado de Direito e faz com que este deixe de ser percebido sob a sua concepção meramente formal. Como o princípio da dignidade da pessoa humana constitui fundamento para todos os princípios estruturantes, em um Estado de Direito, o poder público deve tratar todos os indivíduos com igual consideração e respeito; não pode afetar negativamente um direito de forma excessiva ou desrazoável;

Alegre, 2015, pp. 41-54. Segundo essa doutrina denominada de moralista, os valores morais e de justiça possuem superioridade axiológica sobre as regras e, com isso, não só condicionam a aplicação das regras, como inclusive podem paralisar sua aplicação no caso em concreto.

[288] DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo, 2011, pp. 127-203; pp. 449-462; pp. 556.

[289] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 243-249.

[290] HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. 6ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, pp. 169-199; pp. 220; pp. 332; pp. 403-414.

deve respeitar a legitima expectativa dos indivíduos em favor de uma segurança jurídica e de uma previsibilidade; deve garantir aos indivíduos acesso a órgãos imparciais para a análise de atos praticados pelo Poder Público.[291]

Dessa forma, como leciona STERN[292], a definição mais contemporânea de "Estado de Direito significa que o poder do Estado só pode ser exercido com fundamento na Constituição e em leis que formal e materialmente sejam conformes com ela (Constituição), e com o fim de garantir a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e a segurança." Partindo-se dessa definição, pode-se concluir que, embora o referido princípio estruturante tenha existência autônoma, ele possui subprincípios (gerais ou especiais) que encontram previsão constitucional expressa ou implícita e são responsáveis por lhe dar conteúdo. Não há consenso na doutrina acerca dos subprincípios que compõem o princípio do Estado de Direito.

Sob o entendimento de que o princípio do Estado de Direito teria natureza formal e material, CANOTILHO[293] diferencia os elementos formais e materiais componentes do Estado de Direito. Os pressupostos materiais concretizadores do Estado de Direito seriam a juridicidade, a constitucionalidade e o sistema de direitos fundamentais. Por outro lado, a dimensão formal do Estado de Direito seria constituída pelo princípio da divisão de poderes, princípio da legalidade da administração, princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança,

---

[291] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 9-22. Como leciona BOBBIO (BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed., 11ª reimpressão, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2013, pp. 17-19), necessário distinguir que os limites impostos ao Estado podem ser compreendidos sob dois aspectos: limites dos poderes e limites das funções do Estado. A limitação dos poderes do Estado remete ao Estado de Direito e se opõe historicamente ao Estado Absoluto, enquanto a limitação das funções importa na adoção do Estado Mínimo e contrasta com o Estado Máximo. A doutrina liberal propõe que o Estado seja limitado nesses dois sentidos, entretanto o Estado de Direito não pressupõe o Estado Mínimo ou vice-versa, assim sendo, o Estado de Direito é plenamente compatível com um Estado que não seja mínimo, como ocorre com o Estado Social.

[292] STERN, Klaus. *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts. Strukturprinzipien der Verfassung.* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. München, 1977, pp. 781 apud AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 152-153.

[293] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 243-281.

princípio da proibição do excesso ou da proporcionalidade em sentido amplo e princípio da proteção jurídica e das garantias processuais.

Da mesma forma, através de uma divisão entre elementos formais e materiais do Estado de Direito, AMARAL[294] menciona como elementos formais a separação de poderes, a constitucionalidade das leis, a legalidade da administração e a independência do poder judicial. Por sua vez, seriam elementos materiais a dignidade da pessoa humana, a liberdade, a justiça e a segurança. O princípio da segurança seria constituído da publicidade dos atos estatais e determinabilidade do seu conteúdo, da proteção da confiança legítima e da proibição do excesso.

Embora entenda que os princípios da separação de poderes e da legalidade pudessem compor o conteúdo do Estado de Direito, REIS NOVAIS[295] prefere incluí-los como dimensão da democracia. Dessa forma, aponta como subprincípios concretizadores do Estado de Direito: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio da proibição do excesso, o princípio da proibição do défice, o princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança, o princípio da reserva de lei e o princípio da determinabilidade.

Por sua vez, JORGE MIRANDA[296] leciona que os princípios do Estado de Direito poderiam ser extraídos de vários preceitos e, entre estes, sobressairiam a tutela jurisdicional da constitucionalidade e a fiscalização jurisdicional da constitucionalidade dos atos de poder, a consideração dos direitos fundamentais nos termos da Constituição e não nos termos da lei, o caráter restritivo das restrições aos direitos fundamentais, a proporcionalidade, a tutela da confiança, a efetividade da tutela jurisdicional, a reserva absoluta da jurisdição dos tribunais,

---

[294] AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 150-190.

[295] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 49-50; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 9-22. Ressalte-se que em sua última obra “Princípios Estruturantes de Estado de Direito”, Reis Novais reviu sua posição anterior, constante de “Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa”, quanto aos princípios que integrariam o Estado de Direito, inserindo os princípios da proibição do défice, da reserva de lei e da determinabilidade.

[296] MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa anotada. Tomo I. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 63-64; pp. 102-103.

a obrigatoriedade de execução das sentenças dos tribunais administrativos e a responsabilidade civil do Estado por danos causados pelos seus órgãos ou agentes.

No âmbito da doutrina brasileira, FERREIRA FILHO[297] descreve como princípios do Estado de Direito os princípios da legalidade, da igualdade e da proteção judiciária. Já MÁRTIRES COELHO[298] compreende que são exigências fundamentais do Estado de Direito: o império da lei, a divisão de poderes, a legalidade da administração e o reconhecimento de direitos e liberdades fundamentais.

Dessa forma, sem a intenção de ser taxativo ou exaustivo, pode-se afirmar como subprincípios concretizadores do Estado de Direito: o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da igualdade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da legalidade, o princípio da segurança e da proteção da confiança e o princípio da separação de poderes.

2.1 – A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO ELEMENTO AXIOLÓGICO CENTRAL DO ESTADO DE DIREITO

A - HISTÓRIA DA DIGNIDADE

Uma primeira referência à dignidade é observada na Roma antiga através da expressão *dignitas. Dignitas* representava uma hierarquia ou privilégio, conferindo um tratamento favorável para alguns ou para algumas instituições, sendo, por isso, não igualitária e transitória. Seria conferida por conta de uma causa objetiva geradora de dignidade, como, por exemplo, o

[297] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 311-316.

[298] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2009, pp. 64-70; pp. 170-172. Segundo o autor, o princípio estruturante do Estado Democrático de Direito seria um superconceito, do qual decorrem os princípios da separação de poderes, do pluralismo político, da isonomia, da legalidade, da dignidade da pessoa humana, dentre outros.

exercício de determinados cargos públicos. Em contrapartida, era exigido um comportamento exemplar (digno) daqueles que detinham a *dignitas*.[299]

Entretanto, não se pode assemelhar a *dignitas* dos romanos à dignidade humana atualmente considerada, uma vez que esta última constitui atributo inerente à pessoa humana, associada à igualdade, permanência e universalidade. Ao contrário dos privilégios da *dignitas* romana, a dignidade da pessoa humana impõe um tratamento com igual consideração e respeito entre todos os membros da sociedade.[300]

Nesse aspecto, o pensamento estoico desenvolveu a característica universal da dignidade da pessoa humana. A partir da distinção entre os atributos das criaturas humanas e das criaturas não humanas, concluiu que todos os seres humanos possuíam dignidade por serem dotados de razão. Entretanto, a dignidade não era estendida para todas as pessoas, não havia a referência de que as pessoas deviam ser tratadas como iguais, eram aceitas a escravidão e a subordinação da mulher ao homem.[301]

---

[299] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 31-66; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68; TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2013, pp. 55-58.

[300] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 31-66.

Por isso, não se pode conceber, como alguns autores, que a dignidade da pessoa humana seria o resultado de uma generalização dos privilégios antes usufruídos somente por alguns. No sentido de que seria uma generalização dos privilégios: WALDRON, Jeremy. The dignity of groups. Actia Juridica, 2008, pp. 86 e segs.; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 40; BARROSO, Luís Roberto. Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais, Vol. 919, São Paulo, 2012, pp. 194-195.

[301] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 31-66; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68; OTERO, Paulo. Personalidade: um repensar do seu início? In: Tratado Luso- Brasileiro da dignidade humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 37-55; ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, p. 16.

ARISTÓTELES defendia discriminações com base na desigualdade natural entre os indivíduos. Em: ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução Torrieri Guimarães, Ed. Martin Claret, 6ª Ed., 8ª Reimpressão, São Paulo, 2014, pp. 94-118; ARISTÓTELES.

Na Idade Média persistiu a ideia de superioridade do ser humano em face das demais criaturas, agora não por sua racionalidade, mas por ter sido criado por Deus à sua imagem e semelhança *(Imago Dei)*. Como consequência, era reconhecida ao ser humano uma dignidade pelo simples fato de existir. Essa dignidade derivava da santidade da vida e, por isso, era conferida a todos, independentemente de qualquer estatuto ou característica particular.[302]

Apesar da importância da ideologia cristã para a aceitação social e disseminação da ideia de igual dignidade no mundo ocidental, não houve uma alteração substancial da estrutura social na Idade Média, na medida em que era comum os privilégios conferidos aos nobres e à própria Igreja. Os direitos e deveres de cada indivíduo eram determinados de acordo com o estamento que pertenciam. Por outro lado, a visão do cristianismo da dignidade da pessoa estava restrita à doutrina teológica, limitando a sua aplicação somente aos que professavam a mesma fé.[303]

A concepção do homem no Renascimento foi determinante para conferir ao ser humano a capacidade de realizar escolhas racionais para decidir sobre o próprio destino. PICO DELA MIRANDOLA[304] entendia que a dignidade consistia na autonomia individual, ou seja, na capacidade do homem de fazer escolhas sobre os rumos da sua vida. Inaugurava-se, assim, uma nova concepção sobre

---

Política. Tradução Pedro Constantin Tolens, Ed. Martin Claret, 6ª Ed., 13ª Reimpressão, São Paulo, 2014ª, pp. 267-281.

[302] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 31-66; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68; TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2013, pp. 55-58; AMARAL, Diogo Freitas do. História das ideias políticas. Volume 1, Almedina, Lisboa, 1998, pp. 169-180. Segundo São Tomás de Aquino, por ser semelhança e imagem de Deus, o homem goza de uma dignidade consistente em uma liberdade e um mínimo material ("*suficientia corporalium bonorum*" – Reg. Princ. I, 15).

[303] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 31-66; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68.

[304] MIRÂNDOLA E CONCORDIA, Giovanni Pico. A dignidade do homem. Tradução: Luiz Feracine. 2ª Edição. Ed. Solivros, Campo Grande, 1999, pp. 53-54 apud SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 33.

a dignidade da pessoa humana, assentada na dimensão subjetiva, na autonomia, na autodeterminação e na liberdade.[305]

Principalmente por meio do pensamento de Immanuel Kant, [306] o conceito foi desassociado de crenças religiosas e baseado essencialmente na capacidade de atuação racional, de autodeterminação e de autonomia moral do ser humano. O entendimento de KANT a respeito da autonomia não representa a possibilidade de o indivíduo agir como desejar, mas sim de um dever de atuar de acordo com uma lei moral que ditasse para si, sem interferência preponderante de instintos, desejos ou sentimentos. O indivíduo autônomo seria aquele governado pela própria razão, que seria a representação correta das leis morais, por isso, a concepção da dignidade humana kantiana tem como pressuposto a autonomia. Cada pessoa seria um fim em si mesmo, que não poderia ser valorada ou substituída, por isso, a dignidade da pessoa humana seria um valor intrínseco, incondicional e absoluto.[307]

O homem moralmente autônomo deveria responder por si e por suas escolhas, por isso, viveria em condições de igualdade com todos os demais membros da comunidade. A concepção kantiana do homem ser um fim em si mesmo e de que todos são iguais, na capacidade de autonomia e responsabilidade moral, representou um marco para distinguir o que seria moralmente correto nas relações privadas. Com a positivação como valor constitucional, a dignidade da pessoa humana se transformou em uma diretriz não só nas relações privadas, mas também na relação entre Estado e indivíduo.[308]

---

[305] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 31-66; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68.

[306] KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Tradução: Paulo Quintela. Edições 70, Lisboa, 2009 apud SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68; pp. 135-139.

[307] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 31-66; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68.

[308] AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 162-167. De acordo com o imperativo de KANT (KANT, Immanuel. *Gesammelte Schriften, Akademieausgabe,* Berlin, pp. 429 apud AMARAL, op. cit., 2005, pp. 165-166): “Age sempre de modo a

A partir dessa concepção de Kant, foi possível traduzir uma qualidade da pessoa humana em um princípio jurídico constitucional, de cunho inclusivo e não confessional. Nesse conceito estão presentes os principais elementos da noção atual de dignidade da pessoa humana, como sendo um valor intrínseco do ser humano, que lhe capacita a fazer escolhas de acordo com seus princípios morais, bem como em se responsabilizar perante aos outros por suas escolhas morais, considerando que os outros também são iguais em autonomia, liberdade, direito e responsabilidade.[309]

A propagação do pensamento Iluminista foi impulsionada pela burguesia, notadamente pelo interesse em extinguir os privilégios dos estamentos e garantir uma igualdade formal. Por conta disso, houve um processo de generalização dos direitos fundamentais, já que deveriam ser estendidos a todos por pertencer à raça humana. Ademais, como todos são iguais, todos deveriam ser submetidos à lei geral e abstrata. Na prática, o formalismo jurídico resultou em que o exercício dos direitos fosse estendido somente ao homem branco burguês.[310]

Defendia-se que o Estado não deveria intervir nas relações jurídicas travadas entre pessoas iguais perante a lei, que todos detinham autonomia e liberdade para contratar e, por fim, de que o direito de propriedade poderia ser exercido de acordo com a exclusiva vontade do seu titular. Por consequência, esse período foi particularmente marcado pela exploração do trabalho humano nas indústrias, nas colônias e nos regimes de escravização de negros e índios, no qual a igualdade tinha uma conotação meramente formal.[311]

Embora se pregasse a liberdade, esse direito não era exercido por grande parte da população, que efetivamente não detinha autonomia para contratar as cláusulas dos contratos firmados com os representantes da classe burguesa (autonomia privada). Por outro lado, como o voto era censitário, não era assegurado o direito de participação política para todos (autonomia pública).

---

tratar a humanidade, quer na tua pessoa quer na de outrem, como um fim em si mesma, e nunca como um meio para a prossecução de um fim."

[309] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 31-66.

[310] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68.

[311] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68.

Assim, a concepção de direitos do homem no Estado Liberal não traduziu em uma vida digna para grande parcela da sociedade.[312]

Com o surgimento do Estado Social, houve a intervenção estatal na sociedade e na economia, com a finalidade de garantir uma pretensa igualdade material e liberdade fática. Além disso, com o sufrágio universal, restou assegurada a participação da população, antes excluída, na definição de políticas estatais, outrossim, os tradicionais direitos de liberdade agora deveriam observar uma função social. Como consequência, abandonou-se a concepção abstrata da pessoa como titular de direitos, baseada em uma igualdade formal e em uma liberdade de cunho negativo. O indivíduo foi concebido como membro de uma sociedade, que tem necessidades materiais e espirituais, enquanto pessoa concreta, e conta com a intervenção do Estado para promoção de uma justiça social. Embora continue a entender a pessoa humana como um fim em si mesmo, como argumentava Kant, a dignidade humana incorporou uma dimensão social e relacional, representada por um ser humano concreto e real, que usa a razão, faz escolhas e se relaciona socialmente. O indivíduo é concebido não sob a forma egocêntrica do Liberalismo, mas como membro de uma comunidade solidária.[313]

Somente no Século XX surgiram as primeiras consagrações da dignidade da pessoa humana nas Constituições. Embora somente a partir desse momento tenha havido a previsão da garantia jurídica da dignidade humana, esta sempre fundamentou a luta histórica pela conquista dos direitos do homem. Nestes termos, pode-se citar a luta pelo fim da escravidão, por melhores condições de trabalhado, pela participação política por meio do sufrágio universal, pela liberdade religiosa, dentre outros, todos tiveram como inspiração

---

[312] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68.

[313] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68; pp. 73-74; SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico- constitucional necessária e possível. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, pp.23-27; BARROSO. Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013, pp. 87-98; AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 172-175.

a dignidade da pessoa humana, mesmo que ainda não consagrada juridicamente.[314]

Tal previsão teve origem na Constituição Mexicana de 1917, na Constituição Finlandesa de 1919 e na Constituição de *Weimar* de 1919, esta última na parte da Constituição econômica, com conteúdo nitidamente programático. Essa previsão tinha inspiração no movimento republicano e socialista, com a pretensão de conferir uma vida digna para a classe trabalhadora, impondo ao Estado um programa de organização social e econômica para a promoção da dignidade pessoal.[315] A dignidade da pessoa humana não detinha a natureza e o alcance atual, uma vez que era prevista como forma de reivindicação social de uma vida digna a favor de uma determinada classe, a ser progressivamente concretizada.[316]

Com a concepção atual, sua previsão nas Constituições surgiu como reação às atrocidades cometidas contra a raça humana, após a segunda guerra, como valor normativamente reconhecido como pilar do Estado de Direito. Em virtude da sua abertura e da consequente variação de sentido, em decorrência do aspecto cultural interiorizado por cada comunidade nacional, não há uma concordância sobre o seu conteúdo. Entretanto, pode-se dizer que há um consenso mínimo sobre o conteúdo da dignidade da pessoa humana.[317]

A propagação da dignidade da pessoa humana nas Constituições foi impulsionada pela tomada de consciência humanitária em nível mundial acerca desse conteúdo mínimo, como resultado da sua previsão em diversos Diplomas Internacionais, como a Carta das Nações Unidas de 1945 (preâmbulo), a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (preâmbulo, artigo 1º, artigo 22 e artigo 23, 3) e diversos Tratados de Direitos Humanos.

---

[314] HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In: Sobre a Constituição da Europa. Tradução: Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. Editora Unesp, São Paulo, 2012, pp. 9-18.

[315] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 31-66; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68.

[316] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 31-66.

[317] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 31-66; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68.

Consequentemente, a dignidade da pessoa humana ganhou previsão na Lei Fundamental de *Bona* de 1949 (artigo 1º, 1), na Constituição do Japão de 1946, na Constituição da Itália de 1947/48, na Constituição Portuguesa de 1976, na Constituição Brasileira de 1988, dentre outras.[318]

Mesmo as Constituições que não adotaram o princípio de forma expressa, como as Constituições dos EUA[319] e da França[320], a jurisprudência frequentemente adota a dignidade da pessoa humana como parâmetro implícito para interpretação e aplicação da Constituição. Nesses ordenamentos jurídicos, a dignidade é invocada principalmente como resultado da consagração de direitos fundamentais na Constituição.[321]

---

[318] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 31-66; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68; TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2013, pp. 58-69.

[319] TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2013, pp. 53-54; pp. 69-75. Segundo menciona Luís Roberto Barroso (TIBURCIO & BARROSO, op. cit., 2013, pp. 53-54; pp. 69-75), existem referências à dignidade da pessoa humana na jurisprudência da Suprema Corte Americana desde a década de 1940, entretanto, salienta o autor que o conceito ainda é pouco desenvolvido, contraditório e incoerente. Verifica-se a adoção da dignidade da pessoa humana em julgamento de casos envolvendo direitos fundamentais, como o direito à privacidade, à igualdade, à proibição de buscas e apreensões inconstitucionais, à assistência econômica do governo, proibição de penas cruéis e incomuns e direito de morrer. Segundo Barroso, a ideia da dignidade da pessoa humana como fundamento da *Bill of Rights* representou um salto qualitativo, embora ainda não haja consenso sobre sua função na interpretação constitucional e no raciocínio jurídico em geral. Na jurisprudência, a dignidade não é considerada como um direito autônomo, mas sempre como valor subjacente aos direitos fundamentais expressos ou implícitos.

[320] TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2013, pp. 60-61. Segundo menciona Luís Roberto Barroso (TIBURCIO & BARROSO, op. cit., 2013, pp. 60-61), somente em 1994 o Conseil Constitutionnel, interpretando diferentes passagens do Preâmbulo da Constituição de 1946, entendeu que a dignidade da pessoa humana seria um princípio constitucional. A doutrina francesa tem atribuído ao princípio um valor fundante, fundamental e normativo, principalmente como base de todos os direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana tem sido invocada para garantir uma moradia decente e para permitir o aborto nas primeiras doze semanas de gravidez. Por sua vez, em julgamento de caso paradigmático, o Conselho de Estado reconheceu que o entretenimento em casas noturnas, consistente em arremesso de um anão, deveria ser proibida por violação da dignidade da pessoa humana.

[321] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 31-66; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 13-24; TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís

A partir de então, é inaugurada uma nova relação entre indivíduo e Estado, na qual a pessoa humana é a finalidade e a referência legitimadora da ordem jurídica. O Estado é o instrumento de que se serve o indivíduo em concreto para assegurar a sua liberdade, autonomia e bem-estar. Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana não é só um limite de atuação do Estado para garantia da liberdade individual, mas também impõe deveres estatais de proteção em face de ofensas de outros particulares e de promoção de condições materiais.[322]

B- CONTEÚDO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Embora a dignidade da pessoa humana exerça papel direcionador e condicionador no Estado de Direito, isto não significa que seja um valor definido de forma estática, definitiva e predeterminada, que deva ser acatado pela maioria democrática. Dado o contexto histórico e cultural, cabe à vontade democrática desenvolver esse valor de acordo com a realização de uma pluralidade de concepções políticas e filosóficas. Essa abertura possibilita a continuidade e a revitalização do conceito do Estado de Direito Social e Democrático, como uma estrutura constitucional dinâmica.[323]

Roberto. Direito Constitucional Internacional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2013, pp. 75-78.

[322] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 59-60.

[323] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15- 45; CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A dimensão constitucional do Estado Social de Direito na Espanha. Tradução: Hugo César Araújo de Gusmão. Revista Direitos Fundamentais e Justiça nº 2, jan./mar. 2008, pp.105-131; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 69-99; TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2013, pp. 75-78. Segundo menciona Luís Roberto Barroso (TIBURCIO & BARROSO, op. cit., 2013, pp. 75-78), ainda existe resistência na doutrina em aplicar o conceito da dignidade da pessoa humana como um conceito jurídico. Essas objeções se baseiam na falta de previsão constitucional expressa da dignidade da pessoa humana (nas Constituições que não a adotam expressamente), na falta de sua argumentação como uma tradição jurídica cultural e no seu conteúdo vago. O próprio autor trata de refutar esses argumentos, informando que não há necessidade de sua previsão expressa, já que seria um valor que inspira toda a ordem constitucional, bem como de que, assim como outros valores vagos, a definição em torno do conceito

Aliás, a própria abertura é fundamental para que seja conferida ao princípio uma abrangência que permita tutelar situações até então desconhecidas e que coloquem em risco a dignidade humana. Ademais, essa abertura permite que o ordenamento jurídico repercuta os valores morais da sociedade, como cláusula de reforço aos direitos fundamentais.[324] Em que pese a imprecisão de sentido do princípio, é possível extrair um conteúdo mínimo a partir de pontos comuns das diversas teorias que fundamentam a dignidade da pessoa humana.[325] Em um mundo policêntrico e pluricultural, o sentido da dignidade da pessoa humana não pode ser reconduzido a um único sistema filosófico.[326]

A teoria do dote ou valia intrínseca tem uma conotação substancial e ontológica, que entende o homem como uma criatura única e algo valioso por ter sido concebido por Deus ou pela Natureza. Todos os indivíduos seriam portadores de dignidade pelo fato de pertencerem à espécie humana, não sendo admitida qualquer restrição por fundamento religioso, orientação sexual, nacionalidade, gênero, raça, dentre outros. Como a dignidade da pessoa humana não pode ser conferida ou retirada pelo Estado ou pela sociedade, não se pode negar a dignidade a nenhum ser humano, inclusive a criminosos,

---

da dignidade deve ser tratada através de uma boa teoria, um debate público e aplicação prudente.

[324] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 69-99; HABERMAS, Jürgen. O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In Sobre a Constituição da Europa. Tradução: Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. Editora Unesp, São Paulo, 2012, pp. 17. HABERMAS (HABERMAS, op. cit., 2012, pp. 17) aponta que a dignidade da pessoa humana "(...) forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário- universalista da moral é importado ao direito."

[325] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 35-61. O autor classifica as teorias que explicam o fundamento da dignidade da pessoa humana em substancialista, ontológica e material ou relacional, procedimental, comunicacional, social e funcionalista.

[326] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. A Teoria da Constituição e as insinuações do Hegelianismo Democrático. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 180-181. Segundo CANOTILHO (CANOTILHO, op. cit., 2017, pp. 180-181) "A dignidade da pessoa humana pode ser vivida em termos evangélico- cristocêntrico, mas, num mundo policêntrico e pluricultural, ela é mais do que uma vivência religiosa, é uma *mathesis* de experiências humanas. Precisamente por isso, a 'dignidade humana, reconhecida e garantida nos textos constitucionais e documentos internacionais, recolhe pragmaticamente algumas sugestões filosóficas e doutrinárias, mas sem se reconduzir a qualquer sistema filosófico".

terroristas ou torturadores, já que todos têm o mesmo valor intrínseco de dignidade. Por isso, seria um conceito universal, atemporal e absoluto.[327]

Ao contrário da teoria do valor intrínseco, em que se coloca a dignidade da pessoa humana como um valor objetivo e predeterminado, a teoria da prestação entende que a dignidade da pessoa humana deve ser construída subjetivamente por meio de um comportamento individual autodeterminado. Enquanto a teoria do valor intrínseco impõe um dever de respeito ao Estado de não intervir no conteúdo da dignidade predeterminado, a teoria da prestação informa que o Estado deve oferecer condições para que seja construída a própria dignidade por parte de cada um.[328]

Uma terceira teoria, denominada de teoria do reconhecimento ou teoria da comunicação, defende que a dignidade da pessoa humana teria como base um respeito recíproco social, uma comunhão com o próximo e uma solidariedade. A dignidade da pessoa humana não decorreria de atributos do homem ou de um comportamento de autodeterminação, mas sim do reconhecimento de uma reciprocidade pelo indivíduo pertencer à sociedade. A reciprocidade seria a capacidade do ser humano de sentir compaixão pelo outro, percebendo seus interesses e necessidades. Mesmo que o ato não lhe esteja a infringir, o ser humano seria dotado de um sentimento de justiça capaz de lhe conferir a possibilidade de julgar a injustiça da situação que afeta o outro.[329]

---

[327] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 35-61; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 101-106 e pp. 117-125; DWORKIN, Ronald. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2013, pp. 95-140; TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2013, pp. 88-93. Conforme defende SARMENTO (SARMENTO, op. cit., 2016, pp. 117-125), a concepção do valor intrínseco da pessoa humana se opõe veementemente à teoria organicista, que entende o indivíduo como parte do Estado e, por conta disso, submete o direito das pessoas ao atendimento de um interesse estatal. A doutrina utilitarista também não seria compatível com o valor intrínseco da pessoa humana, já que o utilitarismo preconiza que determinado ato é justo e adequado quando resulte em atendimento de interesses de um maior número de pessoas na sociedade.

[328] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 35-61.

[329] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 35-61. Dessa forma, segundo REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2016, pp. 61.), o princípio jurídico- constitucional da dignidade da pessoa humana consiste no "(...) reconhecimento do postulado da igual dignidade de todas as pessoas e da igual consideração dos seus interesses e em dever de respeito da integridade

Segundo REIS NOVAIS[330], nas teorias acima citadas é possível fornecer um conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana: valor próprio da pessoa, igualdade de consideração e respeito recíprocos, subjetividade e autonomia individuais, responsabilidade de cada pessoa como sujeito jurídico, autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade.

Por sua vez, BARROSO [331] entende que o conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana pode ser decomposto em valor intrínseco, autonomia pessoal e valor comunitário. A característica do valor intrínseco decorre da própria natureza humana e impede que a pessoa humana seja tratada como meio ou instrumento. A autonomia é o elemento ético e impõe a garantia das liberdades básicas (autonomia privada), a participação no processo democrático (autonomia pública) e o mínimo existencial como condição básica de sobrevivência e para o exercício da liberdade. Por fim, o valor comunitário permite restrições legítimas à dignidade da pessoa humana em nome de valores sociais ou interesses estatais.

JÁ SARMENTO[332] compreende que o conteúdo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana caracteriza-se pelo valor intrínseco da pessoa que impede sua instrumentalização, a autonomia (autodeterminação privada e participação democrática), mínimo existencial para garantia material de uma vida

---

humana, designadamente, a garantia da possibilidade de a pessoa se poder assumir como sujeito da própria vida."

[330] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 35-61. REIS NOVAIS acrescenta o sentido de justiça como elemento definidor e direcionador do consenso acerca do conteúdo normativo da dignidade humana. Como o ser humano é constituído de qualidades e defeitos, capaz de praticar atos deploráveis e atos amorosos, é o sentimento do justo que permite tutelar somente a natureza humana que não ofenda a sua dignidade. Esse sentimento de justiça faz com que a dignidade possua uma conotação histórica e evolutiva, uma vez que o juízo sobre um comportamento sofre alteração em razão da época vivenciada.

[331] BARROSO. Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013, pp. 111-112; TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2013, pp. 85-109.

[332] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 92-93. SARMENTO (SARMENTO, op. cit., 2016, pp. 70-71) defende que o sentido do princípio da dignidade da pessoa humana deve ser descoberto a partir de uma interpretação baseada em uma moral pública e crítica.

digna e o reconhecimento. Portanto, segundo o autor, a garantia da dignidade humana não decorre meramente do pertencimento ao gênero humano, mas sim do seu reconhecimento social enquanto valor que deve ser protegido. Embora os atributos especiais da espécie humana a permita se destacar da natureza e possuir a capacidade de reger a própria vida, a reciprocidade lhe permite ser reconhecida enquanto referência axiomática e, no ordenamento jurídico, como princípio constitucional.

Em uma sociedade aberta e dotada de um pluralismo democrático não se pode adotar um conteúdo fechado do princípio constitucional, comprometido com determinada concepção filosófica, ideológica ou religiosa. A dignidade da pessoa humana, enquanto princípio jurídico- constitucional em que se assenta toda a ordem constitucional, deve possuir um conteúdo inclusivo, através de um consenso que leve em consideração um pluralismo razoável.[333] Ao se discutir questões constitucionais essenciais e de justiça básica, não se deve apelar para doutrinas religiosas ou filosóficas abrangentes, mas sim, a argumentação deve repousar em verdades claras, amplamente aceitas pelos cidadãos em geral e acessíveis a eles.[334]

C- O ESTADO DE DIREITO MATERIAL E A RELAÇÃO ENTRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

[333] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 23-29; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 310-316; BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013, pp. 73; TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2013, pp. 85-88.
Para o professor REIS NOVAIS (NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 45) "a dignidade humana é, sobretudo, uma questão de relação e de reconhecimento social, é um juízo de valor ou um reconhecimento legal, e não um problema de identificação laboratorial da presença ou não presença de elementos biológicos com características pré-estabelecidas e que identifiquem a integração classificatória na espécie."

[334] RAWLS, John. O liberalismo político. Tradução Álvaro de Vita. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2011, pp. 250-304.

Em um Estado de Direito, a sua perspectiva material está intrinsicamente conectada à importância conferida aos direitos fundamentais na Constituição, como expressão da dignidade da pessoa humana. A relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais é bidirecional. Por um lado, a consagração dos direitos fundamentais na Constituição constitui importante meio para desenvolvimento, concretização e reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a dignidade da pessoa humana constitui uma garantia de reforço dos direitos fundamentais, enquanto garantia do seu núcleo essencial e imposição de limite aos limites.[335]

A relação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana resulta nas seguintes consequências: a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana como conteúdo material dos direitos fundamentais e a própria dignidade da pessoa humana como direito fundamental autônomo.[336]

A dignidade da pessoa humana constitui fundamento para os direitos fundamentais, uma vez que a pessoa humana é o fim último do Estado e, por isso, condição legitimadora da sua atuação. Dessa forma, a legitimidade de uma Constituição em um Estado de Direito depende da consagração de direitos que garantam a autonomia, a liberdade e uma vida digna aos seus cidadãos, de forma a limitar e direcionar a atuação do Estado.[337]

Como fundamento dos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana constitui fonte de interpretação e de resolução de conflitos entre os mesmos; parâmetro para descoberta de direitos fundamentais não previstos no catálogo; e elo de indivisibilidade dos direitos fundamentais.[338] Como fonte de

---

[335] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 68-95.

[336] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 68-95; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 69-99.

[337] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 68-95; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 26-32; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 69-99; SARLET, Ingo Wolfgang. Art. 1º, III. In CANOTILHO, J.J. Gomes et al. (org.). Comentários à Constituição do Brasil. Editora Saraiva/Almedina, São Paulo, 2013, pp. 126.

[338] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 68-95; NOVAIS, Jorge Reis.

interpretação e resolução de conflitos, além de auxiliar na interpretação e aplicação das normas constitucionais, a dignidade da pessoa humana se irradia para todos os ramos do direito, inclusive para o direito privado, através de uma releitura de institutos e preceitos das diversas áreas, conferindo unidade de sentido ao sistema jurídico.[339] Como método para a descoberta de direitos não previstos no catálogo, constitui critério material para considerar um direito como direito fundamental, como decorrência da previsão da cláusula constitucional de abertura (artigo 5º, § 2º).[340] Por fim, a dignidade da pessoa humana constitui o valor que sustenta a unidade de sistema dos direitos fundamentais, portanto, não cabe ao intérprete conferir qualquer diferenciação valorativa quanto aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, notadamente quando estes estejam expressamente consagrados na Constituição com natureza jusfundamental.[341]

Na relação havida entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, esta também constitui o próprio conteúdo dos direitos fundamentais. Essa identificação deve ter contornos restritivos para que o âmbito de proteção dos direitos fundamentais não seja idêntico ao âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana. De acordo com uma concepção ampliativa, a

---

Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 26-32; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 69-99. Nem todos os direitos fundamentais têm o mesmo grau de vinculação com a dignidade da pessoa humana, como a decisão do Poder Constituinte depende de circunstâncias políticas e jurídicas, nem sempre os direitos consagrados na Constituição são decorrência direta da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, além de desempenhar uma função interpretativa, a dignidade da pessoa humana orienta a ponderação para resolução de conflitos entre direitos fundamentais, uma vez que representa o critério direcionador da prevalência de um dos direitos.

[339] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 69-99.

[340] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 88-89. Segundo SARMENTO, o reconhecimento de novos direitos não previstos no catálogo deve ser realizado com cautela, uma vez que o reconhecimento de um direito fundamental na ordem jurídica produz profundos impactos. Além de criar deveres para o Estado e para o particular, a descoberta de um novo direito mitiga a liberdade do legislador, já que passa a estar garantido como cláusula pétrea (artigo 60, § 4º, IV da Constituição Brasileira). Dessa forma, a criação desmedida de direitos pode ocasionar a banalização da dignidade da pessoa humana e a violação do princípio democrático.

[341] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 68-95. Como defende REIS NOVAS, os direitos sociais concretizam importantes aspectos da dignidade da pessoa humana e, por isso, não podem ser concebidos como direitos fundamentais de menor valor, quando comparados com os tradicionais direitos de liberdade.

dignidade da pessoa humana seria dotada do mesmo âmbito de proteção do direito fundamental, poderia ser submetida à ponderação e efetivamente ceder, quando em conflito com outro direito fundamental. Tal concepção faria com que a força normativa da dignidade da pessoa humana fosse enfraquecida, desconsiderando o seu caráter absoluto e sua impossibilidade de ceder diante de outros direitos.[342]

Portanto, a dignidade da pessoa humana deve ser identificada somente com o núcleo essencial do direito fundamental, sob pena de ser desvalorizada normativamente enquanto princípio supremo em um Estado de Direito. Como o direito fundamental é composto de diversas faculdades e garantias, algumas destas não têm uma relação íntima com a dignidade da pessoa humana. Como resultado, um direito fundamental pode ser ponderado e ceder diante de outro valor ou direito, desde que não haja afetação do seu núcleo essencial, em respeito à dignidade da pessoa humana.[343]

Por fim, a própria dignidade da pessoa humana pode constituir direito fundamental autônomo.[344] Embora a primordial função e a natureza da dignidade

---

[342] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 68-95; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 26-32.

[343] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 26-32; NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 68-95. Segundo REIS NOVAIS (NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 68-95), como a dignidade da pessoa humana constitui fundamento dos direitos fundamentais, a agressão ao direito fundamental também importa em violação da dignidade da pessoa humana. Entretanto, utilizando-se de um critério de especialidade, a inconstitucionalidade reside primeiramente na afronta à norma constitucional que garante o direito fundamental e a invocação da dignidade da pessoa humana tem mero efeito retórico. Dessa forma, é possível que se observe a violação do direito fundamental sem que haja violação da dignidade da pessoa humana, como também pode haver violação da dignidade da pessoa humana sem que isso atente contra qualquer direito fundamental. Nesse passo, a identificação da dignidade da pessoa humana com o âmbito de proteção do direito dificulta o desenvolvimento dogmático de efeitos normativos próprios do princípio da dignidade da pessoa humana, retirando sua utilidade como princípio constitucional e fazendo com que ela não passe de mera replicação do conteúdo normativo dos direitos fundamentais.

[344] Em sentido contrário: SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 88-89; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 – algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume I, Coimbra Editora, Lisboa, 2012. pp. 69; BARROSO. Luís Roberto. A

da pessoa humana seja a de um princípio constitucional em um Estado de Direito, não se pode negar que em algumas situações possa ser invocada como direito específico garantidor de dignidade ao indivíduo.[345]

Devido à imprecisão do sentido da dignidade da pessoa humana, cabe primeiramente ao legislador decidir sobre a melhor forma de protegê-la e promovê-la. No entanto, quando a omissão legislativa envolver um risco grave e incontestável para a dignidade da pessoa humana, esta discricionariedade não é admitida, uma vez que o próprio princípio democrático deve ser condicionado pelo meta-princípio da dignidade da pessoa humana. Em casos extremos e excepcionais, em que a omissão do legislador coloque em grave perigo a dignidade da pessoa humana, concretamente considerada, deve-se conferir ao juiz o poder de conferir a proteção necessária à sua tutela. Tal poder atribuído ao juiz decorre da própria normatividade do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com conteúdo normativo próprio. No entanto, deve-se adotar uma concepção restritiva do conteúdo da dignidade da pessoa humana, para somente considerar como seu conteúdo normativo o que for consensualmente aceito em uma sociedade pluralista e democrática. Fora dessa hipótese, o juiz estará impondo sua concepção particular do conteúdo da dignidade da pessoa humana, em nítido prejuízo dos princípios democrático e da separação de

---

dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013, pp. 67-68. Embora entenda que não seja um autêntico direito fundamental, SARLET (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 123) admite que possa resultar em posições jurídicas subjetivas não escritas, como consequência da aplicação da norma do artigo 5º, §2º da Constituição.

[345] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 68-95; VIEIRA, Oscar Vilhena. Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF. Editora Malheiros, São Paulo, 2006, p. 63. Conforme cita REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2015, pp. 68-95), nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão que ao entender pela sua natureza de princípio constitucional e, ao mesmo tempo, de direito fundamental, tendo em vista o modelo de fiscalização de constitucionalidade adotado, pretende facilitar o acesso dos cidadãos à justiça constitucional. Segundo essa concepção, a subjetivação de um princípio objetivo resultaria em um reforço da sua vinculatividade, sendo certo que, diferentemente do que ocorre com os outros direitos fundamentais, o direito fundamental advindo da dignidade da pessoa humana não pode sofrer limitação, seria absoluto e definitivo. Nesse sentido, o Tribunal Constitucional da Alemanha - BVerfGE 115, 118 (2006) - invalidou lei que autorizava o abatimento de aeronaves que estivessem sendo usadas para ataque terrorista, sob o fundamento de que o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto e não pode estar sujeito à ponderação ou restrição.

poderes.[346] Isto porque, por conta da imprecisão e amplitude do seu sentido, o conteúdo normativo da dignidade da pessoa humana poderia ser manipulado para o atendimento de uma determinada concepção ideológica ou religiosa. Em um Estado de Direito democrático e secular, a fiscalização jurídica não pode se pautar em uma orientação fechada para o preenchimento do conteúdo normativo de um princípio aberto e amplo, mas sim deve ser delimitada no pluralismo, no respeito da diferença, na tolerância, na neutralidade confessional e na inclusividade.[347]

D- ÂMBITO DE PROTEÇÃO NORMATIVO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM UM ESTADO DE DIREITO

A característica essencial da proteção conferida pela dignidade da pessoa humana é a impossibilidade de ceder e, portanto, de ser ponderada com outros bens. Mesmo em uma sociedade pluralista e aberta de um Estado de Direito Social e Democrático, o caráter absoluto do valor da dignidade da pessoa humana repousa no consenso jurídico, político e social sobre sua importância estrutural para o Estado de Direito.[348]

---

[346] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 97- 119; pp. 160-161; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 32-39.

[347] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 97-119; pp. 121-153. Segundo REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2015, pp. 97-119.), embora seja legitima a discussão política sobre a crença religiosa ou ideológica, que pode permear a concretização da dignidade da pessoa humana quanto a um determinado aspecto, em âmbito jurídico constitucional não é possível estabelecer uma concepção fechada. Como leciona REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2015, pp. 121-153), quando se trata do controle das decisões políticas, através da análise da compatibilidade das opções do legislador democrático com as normas da Constituição, a decisão do juiz não pode se guiar por doutrinas religiosas ou ideológicas.

[348] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 144-157; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 32-39.

A jurisprudência alemã também entende a dignidade como valor absoluto, conforme 27 BVerfGE 1 (caso Microcensus); 30 BVerfGE 173 (1971 – caso Mefisto). Em: TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2013, pp. 78-79.

A sua invocação pode se dar de forma subsidiária, quando não há direito fundamental que tutele a posição subjetiva, bem como pode ser arguida de maneira incremental, como reforço ao direito fundamental e última barreira de proteção. No primeiro caso, aplica-se o princípio da dignidade da pessoa humana autonomamente, já a função incremental decorre da garantia da dignidade da pessoa humana como limite e direcionamento da atuação estatal.[349]

No desempenho de sua função incremental, como núcleo essencial dos direitos fundamentais, há uma concomitante violação do direito e do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo, por isso, imune de qualquer cedência em eventual juízo de ponderação. Nesse caso, o conteúdo da dignidade da pessoa humana se identifica com o núcleo do direito fundamental, constituindo um limite às restrições aos direitos fundamentais.[350] Por outro lado, a mesma dignidade da pessoa humana pode constituir justificativa legitima para imposição de restrição a um direito fundamental. Isto porque para a proteção e promoção da liberdade, da autonomia e do bem-estar social, como atributos da dignidade da pessoa humana, o Poder Público pode ser constrangido a limitar, condicionar ou proibir o exercício de determinados direitos.[351]

O sentido normativo da dignidade da pessoa humana não permite identificar abstratamente um bem específico que possa ser objeto de sua garantia. Dessa forma, a determinação do seu conteúdo deve obedecer a uma concepção restritiva, como forma de reforçar sua normatividade e conferir caráter absoluto ao princípio.[352]

---

[349] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 63-93; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 39-40.

[350] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 63-93; pp. 143-199; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 39-40.

[351] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 97-119. A justificativa restritiva baseada no princípio da dignidade da pessoa humana pode ter como necessidade a proteção da dignidade da pessoa humana em sua dimensão objetiva, a tutela da dignidade da pessoa humana de outros titulares de direitos fundamentais ou a preservação da dignidade da pessoa humana do próprio titular do direito restringido.

[352] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 63-93; pp. 143-199;

A doutrina ampliativa encampa condutas periféricas ligadas à dignidade da pessoa humana e implica na necessidade de aplicação da ponderação para resolução dos casos em concreto. Isso faz com que seja comum o confronto entre aspectos da dignidade da pessoa humana e, pior, *a partida* possibilita sua invocação para tutela de condutas não compromissadas com a preservação da dignidade do ser humano.[353] Como consequência, a concepção ampliativa dá ensejo a um ativismo judicial constitucionalmente inadequado, por invadir a esfera de liberdade do legislador democrático e comprometer a segurança jurídica. A crítica a um critério subjetivo e arbitrário de caracterização do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana é uma questão em diversos ordenamentos constitucionais. Na Alemanha, alguns autores mencionam que a banalização da invocação do princípio da dignidade da pessoa humana pode acarretar a *"tirania da dignidade"*[354], já na África do Sul critica-se a utilização do princípio como se fosse uma *"peça de lego jurisprudencial"*[355], que pode ser utilizado na forma e no modo que deseja o juiz.

NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 39-43; GRIMM, Dieter. Dignity in the legal context: dignity as an absolute right. In MCCRUDDEN, Christopher (Ed.). Understanding human dignity. Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 389. Como leciona GRIMM (GRIMM, op. cit., 2013, p. 389) "(...) a dignidade, se entendida como direito absoluto, não pode ter um âmbito de incidência amplo. (...) Como consequência, o âmbito de proteção de um direito absoluto deve ser definido de modo estreito, para evitar-se resultados inaceitáveis."

Em sentido contrário, defendendo o caráter relativo da dignidade da pessoa humana: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 111-114; BARROSO. Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013, pp. 68; SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 – algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume I, Coimbra Editora, Lisboa, 2012, pp. 124-141; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 127; SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 94-99.

[353] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 63-93.

[354] FRANKENBERG, Günter. Tirania da dignidade?: paradoxos e paródias de um valor supremo. In: FRANKENBERG, Günter. A gramática da constituição e do direito. Ed. Del Rey, Coleção Del Rey Internacional V. 7, Belo Horizonte, 2007, pp. 307-320.

[355] DAVIS, D. M. Equality: the majesty of Legoland jurisprudence. South African Law Journal n. 116, 1999, pp. 413.

Na maioria das decisões judiciais ativistas, em que a dignidade da pessoa humana é mencionada, ela quase nunca é invocada de forma autônoma, mas sim como um argumento de reforço ao direito fundamental discutido. No entanto, como o princípio da dignidade da pessoa humana possui conteúdo normativo próprio, é equivocado reduzi-lo a mero reforço retórico dos distintos direitos fundamentais. Isto faria com que o princípio da dignidade da pessoa humana pudesse ser ponderado e ceder diante de outros bens e valores, perdendo o seu caráter absoluto enquanto princípio jurídico essencial ao Estado de Direito.[356]

A dignidade da pessoa humana deve ser invocada de forma excepcional e contida, para que não haja mitigação ao princípio da separação de poderes, ao princípio democrático e à segurança jurídica, como também para que não haja uma banalização de sua aplicação e consequente descrédito de sua eficácia normativa.[357] A sua invocação de forma abusiva ocasiona a imposição de valores do juiz em detrimento de decisões da maioria, bem como compromete a autonomia privada individual por meio de uma imposição de valores morais não partilhados por uma sociedade pluralista e, por fim, acarreta insegurança jurídica uma vez que não se pode determinar com um mínimo de previsibilidade quais comportamentos são violadores do princípio.[358]

Deve-se, assim, adotar uma concepção restritiva da dignidade da pessoa humana para que seja preservado o seu caráter absoluto, caso em que somente é considerada a violação grave e extrema do referido princípio,

---

Nesse mesmo sentido, DWORKIN (DWORKIN, Ronald. Justice for hedgehogs. Cambridge: The Belknap Press, 2011, pp. 13) afirma que "(...) o conceito de dignidade da pessoa humana tem sido rebaixado pelo seu uso excessivo e frouxo."

[356] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 63-93; pp. 143-199; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 26-43.

[357] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 63-93; pp. 143- 199; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 26-43.

[358] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 299-304; ÁVILA, Humberto. A segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. Editora Malheiros, São Paulo, 2011, pp.225. Segundo ÁVILA (ÁVILA, op. cit., 2011, pp.225), um ordenamento jurídico minimamente inteligível, estável e previsível possibilita a autodeterminação individual, por isso, seria um pressuposto jurídico para a realização da dignidade da pessoa humana.

enquanto valor consensualmente admitido pela sociedade.[359] Como se trata de um princípio com sentido abstrato e amplo, o seu conteúdo deve ser determinado com base em um consenso social em torno do seu alcance, em um pluralismo razoável em um Estado de Direito Democrático. [360]

Somente diante da contextualização do caso em concreto pode-se verificar se a conduta viola o conteúdo normativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Não se pode aplicar o princípio da dignidade da pessoa humana de forma mecânica, por meio de subsunção, uma vez que o próprio conteúdo do princípio depende de questões que devem ser relativizadas, como a motivação dos agentes, as circunstâncias fáticas, o consentimento do ofendido, etc. Por isso, a argumentação racional em torno do conteúdo da dignidade da pessoa humana sempre é necessária, principalmente diante de questões em que não há um consenso da sociedade formado sobre o assunto. Isto porque o comando jurídico não é imutável, dependendo do contexto geográfico, histórico e cultural em que é aplicado.[361]

---

[359] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 63-93; pp. 143- 199; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 26-43; ASCENSÃO, José de Oliveira. O 'Fundamento do Direito': entre o Direito Natural e a dignidade da pessoa humana. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. 52, n. 1 e 2, Lisboa, 2011, pp. 12-13.

[360] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 23-29; pp. 97-119; NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 95-142; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 26-43. Devido à amplitude e à falta de consenso sobre os elementos e atributos que compõem o princípio da dignidade humana, defende REIS NOVAIS que melhor será adotar um critério negativo de determinação do seu âmbito de proteção, a partir da constatação dos atos e omissões que constituem violação da dignidade da pessoa humana. Esse critério permite conferir certa consensualidade acerca do conteúdo da dignidade da pessoa humana, a partir de violações- tipo, notadamente em um Estado de Direito que adota o pluralismo como princípio. Esse consenso decorreria de um sentimento de justiça mínimo e comum de que comungam as diversas concepções existentes na sociedade acerca das incontestáveis hipóteses de violação da dignidade da pessoa humana.

[361] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 143-197. Segundo menciona o autor, o homossexualismo, a igualdade de raça e de gênero são exemplos de situações que não recebiam a tutela do direito no início do século XX e atualmente são tutelados como aspectos da dignidade da pessoa humana.

No mesmo sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 121.

E- A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

Seguindo a tendência das Constituições de Estado de Direito da pós-segunda guerra mundial, a Constituição Federal, no Título I, denominado *"Dos Princípios Fundamentais"*, em seu artigo 1º, inciso III, estabelece que o Estado de Direito e Democrático da República Federativa do Brasil tem como fundamento a dignidade da pessoa humana.[362] Pela interpretação do referido dispositivo constitucional, fica evidente que a Lei Fundamental Brasileira impôs o ser humano como fundamento de legitimação da ordem jurídica constitucional e da respectiva atuação do Estado.[363] A violação à dignidade da pessoa humana constitui a mais grave e insanável afronta à Constituição do Estado de Direito Brasileiro, constitui argumento que encerra o debate, não permitindo qualquer contra- argumentação que justifique a sua restrição (*conversation stopper*[364]).

Ao artigo 1º da Constituição estabelecer a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado de Direito Democrático e Social, demonstra a sua estreita relação com os princípios estruturantes. Por um lado, como exigência da dignidade da pessoa humana, a República Federativa do Brasil deve adotar o regime democrático (artigo 1º, *caput*), o Estado de Direito (artigo 1º, *caput*) e o Estado Social (artigo 1º, *caput* e inciso IV).[365] Isto porque, sem que se proporcione meios para tanto, a mera declaração de que o ser humano é o fim último do Estado é desprovida de consequências práticas. A dignidade da pessoa humana somente resta assegurada no Estado Brasileiro que se legitime como Estado de Direito Democrático e Social, no qual, dentre outros aspectos,

---

[362] Também há referência à dignidade da pessoa humana na Constituição Brasileira nos artigos 170, 226, § 7º, 227 e 230.

[363] BONAVIDES, Paulo. Prefácio. In SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Editora Livraria do Advogado, Belo Horizonte, 2001, pp. 15. Como acertadamente conclui BONAVIDES, "(...) nenhum outro princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição."

[364] BIRNBACHER, Dieter. "Ambiguities in the concept of Menschenwürde" in K. Bayertz (org.). Sanctity of Life and Human Dignity. Dordrecht, 1996, pp. 107 apud NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 21.

[365] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 128-129.

respeite os direitos de liberdade, assegure a participação do indivíduo no processo democrático e promova uma justa participação na distribuição da riqueza produzida pela sociedade. Por outro lado, ainda como decorrência dessa estreita relação, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento material do Estado de Direito Democrático e Social da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III). Os princípios estruturantes seriam meros instrumentos formais caso não se direcionassem à persecução do ideal de justiça, materializada na dignidade da pessoa humana.[366]

Em relação especificamente ao princípio da socialidade, a dignidade da pessoa humana exige a intervenção do Estado Brasileiro na sociedade para promoção de uma justiça social, como também, por outro lado, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento do Estado Social. Como exigência da dignidade da pessoa humana, não se pode conceber o Estado de Direito, adotado na Constituição, sem a sua qualificação de Social.[367] No paradigma

---

[366] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 26-32; NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais. Editora Almedina, Coimbra, 2015, pp. 159. Como menciona REIS NOVAIS, "(...) no domínio do Direito Constitucional, é a dignidade da pessoa humana, como aqui sustentamos, que está por detrás ou na base de desenvolvimento dos restantes princípios estruturantes de Estado de Direito."

[367] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 151-159. Segundo menciona SARMENTO (SARMENTO, Daniel. Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, a.4- n. 14, Brasília, jan./mar. 2005, pp. 176): "De qualquer forma, é hoje praticamente consensual que não basta o simples reconhecimento de liberdades jurídicas, ligadas à autonomia privada ou pública, sem que se confiram as condições mínimas para que seus titulares possam efetivamente delas desfrutar. (...) Essas novas liberdades, cujo reconhecimento coincide com o advento do Estado Social, não são garantidas mediante abstenções do Estado, mas sim por intermédio de ações positivas(...)"
Informa SARLET (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 121-122) que a dignidade da pessoa humana importa também em assegurar condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, situação em que seriam relevantes os direitos sociais ao trabalho, um sistema efetivo de seguridade social, proteção da pessoa contra necessidades de ordem material e a garantia de uma existência com dignidade.
No mesmo sentido, AMARTYA SEN (SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução: Laura Teixeira Motta, Editora Companhia das Letras, São Paulo, 1999, pp. 17) salienta a importância da capacidade econômica e social (*capability approach*) do indivíduo como condição para o gozo da liberdade: "(...) a condição de agente de cada um é inescapavelmente restrita e limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas de que dispomos. Existe uma acentuada complementariedade entre a condição de agente individual e as disposições sociais: é importante o reconhecimento

liberal havia a única preocupação com a garantia de uma liberdade formal, por meio de um direito de defesa e uma respectiva abstenção estatal, resultando em uma visão egocêntrica e abstrata do ser humano. Não havia a preocupação com o reconhecimento do homem em concreto, enquanto ser humano que se relaciona em uma sociedade e merece igual consideração e respeito. Em uma sociedade marcada historicamente por tamanha desigualdade social, como a brasileira, a adoção de uma perspectiva liberal resultaria na concepção de que a dignidade de uns valeria mais que a dignidade de outros, especialmente a dignidade de alguns ocupantes de cargos públicos ou de detentores de poder econômico, uma vez grande parte da população estaria alijada de condições materiais mínimas para o exercício da liberdade de fato. Essa não deve ser a interpretação conferida ao princípio consagrado na Constituição Brasileira (artigo 1º, inciso III).[368]

Através da consagração do princípio do Estado Social na Constituição Brasileira, o indivíduo deve ser concebido como membro de uma comunidade solidária, com necessidades materiais e espirituais, enquanto pessoa concreta, e que conta com a intervenção do Estado para garantia de sua autonomia, de sua liberdade e de seu bem-estar. Embora a pessoa humana continue a ser um fim em si mesmo, deve- se incorporar uma dimensão social e relacional, representada por um ser humano concreto e real, que usa a razão, faz escolhas e se relaciona socialmente.[369] A dimensão social e relacional da dignidade da

simultâneo da centralidade da liberdade individual e da força das influências sociais sobre o grau e alcance da liberdade individual."

[368] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 59-68; pp. 241-298. Em seu livro sobre a dignidade da pessoa humana, SARMENTO cita dois julgados em que houve desvirtuamento da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, por entendê-la como um privilégio em razão do cargo ocupado. O autor cita o julgamento proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no processo nº 2004.002.173, no qual a dignidade da pessoa humana foi invocada para obrigar empregados de um condomínio a se referirem a um juiz, morador do condomínio, somente como 'doutor' ou 'senhor'. Também menciona o julgamento proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AC 2009.34000045541, em que afirma que o valor da indenização por dano moral para um juiz deve ter patamares superiores por conta da sua maior dignidade humana.

[369] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 25-68, 73-74; SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico- constitucional necessária e possível. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito

pessoa humana importa no reconhecimento de uma igual consideração e respeito à dignidade de cada membro da sociedade, de forma a assegurar a cada indivíduo a sua autonomia individual e a correspondente capacidade de determinação do seu próprio destino. Como o ser humano em concreto depende das relações sociais para sua sobrevivência, o seu reconhecimento pela sociedade como indivíduo, com características e opções próprias, é fundamental para o desenvolvimento de sua personalidade.[370]

As injustiças econômicas e culturais se reforçam mutuamente, afetando o reconhecimento de igual consideração e respeito à dignidade de cada membro da sociedade. Denegrir culturalmente um indivíduo que pertence a um grupo minoritário tem efeitos econômicos, como também impor restrições econômicas tende a afetá-lo negativamente em seu aspecto cultural.[371] Inicialmente através da consagração de direitos aos trabalhadores, posteriormente por meio da inclusão de indivíduos discriminados econômica e socialmente (mulheres, negros, gays, deficientes físicos, dentre outros), o Estado Social tem o propósito de que os membros da sociedade sejam reconhecidos como pessoas humanas, dignas de igual respeito e consideração. Para além do combate à injustiça econômica, a Constituição do Estado Social Brasileira almeja uma emancipação social contra formas de opressão culturalmente enraizadas, impondo a intervenção do Estado para a garantia de direitos gerais e direitos específicos aos membros de grupos vulneráveis.[372]

Os direitos gerais devem ser assegurados na medida em que, geralmente, as pessoas que compõem grupos estigmatizados são excluídas do acesso e do exercício de direitos que são assegurados aos demais membros da

---

constitucional. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, pp.23-27; BARROSO. Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013, pp. 87-98.

[370] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 241-298.

[371] FRASER, Nancy. From redistribution to recognition?: dilemas of justice in a 'postsocialist' age. In: FRASER, Nancy. Justice interruptus: critical reflections on the 'postsocialist' condition. Ed. Routledge, New York, 1997, pp. 11-40. Para a autora, o combate às injustiças seria realizado de forma diferenciada, para injustiça econômica seria necessária uma política redistributiva, já para a injustiça cultural seria imprescindível uma política de reconhecimento.

[372] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 241-298.

comunidade. A negativa de exercício de direitos universais aos membros desses grupos importa que não sejam tratados com igual consideração e respeito em sua dignidade.[373] Por isso, o artigo 3º da Constituição impõe como tarefa do Estado Brasileiro *"promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".* Embora a maioria das questões envolvendo a discriminação seja resolvida através do princípio da igualdade, existem violações que pela sua gravidade afrontam a própria dignidade da pessoa humana, notadamente quando acarrete um tratamento especialmente denegridor daquele que sofre a discriminação. [374]

Por sua vez, devem ser garantidos direitos específicos, uma vez que medidas de inclusão de pessoas no plano socioeconômico e cultural são plenamente justificáveis em uma Constituição que adota o Estado Social como princípio estruturante. [375] O artigo 3º da Constituição Brasileira prevê expressamente como objetivo da República Federativa do Brasil *"construir uma sociedade livre, justa e solidária"; "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais",* dessa forma, a atuação estatal deve ser acompanhada de medidas interventivas e redistributivas, para que os grupos vulneráveis tenham condições de se afirmar culturalmente na sociedade, com igual consideração e respeito à sua dignidade.[376]

Por outro lado, a consagração da dignidade da pessoa humana na Constituição como fundamento do Estado de Direito Democrático e Social, importa em considerar o ser humano como centro do sistema, valor fundacional, valor direcionador da interpretação e aplicação das normas constitucionais e fim

---

[373] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 241-298.

[374] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 241-298. Como menciona REIS NOVAIS (NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 95-142), a pessoa discriminada recebe tratamento estigmatizante ou humilhante, como sujeito digno de inferior consideração e respeito, em razão de alguma característica pessoal (raça, cor, incapacidade física, orientação sexual, religião, etc). Nesse aspecto, estão capituladas as violações da dignidade da pessoa humana que imponham uma discriminação injustificada e desqualificadora do indivíduo.

[375] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 241-298.

[376] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 241-298.

último da intervenção estatal.[377] A dignidade da pessoa humana confere o sentido do justo para a atuação do Estado Social, constitui o valor responsável por legitimar a atuação do Estado Social e por lhe impor limites, de forma que não se pode tolerar um dirigismo coercitivo estatal limitador da liberdade individual ou uma concepção liberal de liberdade em que seja permitida a opressão por grupos privados detentores de poder econômico e social.[378]

Como a maioria das normas constitucionais que consagram o princípio do Estado Social possuem natureza programática, a sua concretização advém preponderantemente da importância jusfundamental conferida aos direitos sociais. Entre os direitos fundamentais sociais e a dignidade da pessoa humana há uma relação bidirecional. Por um lado, os direitos fundamentais sociais auxiliam no desenvolvimento, concretização e reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, a dignidade da pessoa humana constitui fundamento dos direitos sociais, sendo parâmetro de interpretação e de resolução de conflitos com outros direitos fundamentais; elemento para certificação da existência de outros direitos fundamentais sociais não previstos expressamente na Constituição (artigo 7º e artigo 5º, § 2º); e fundamento para se conferir a mesma importância jusfundamental dada aos direitos de liberdade, como decorrência do caráter indivisível dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana constitui ainda o núcleo essencial do direito social, por isso, constitui limite aos atos restritivos e às omissões estatais. Além disso, a própria dignidade da pessoa humana pode constituir direito autônomo e exigir uma prestação do Estado.

Com base na cláusula do Estado Social e no princípio da dignidade da pessoa humana, no ordenamento constitucional alemão garante-se o direito ao mínimo existencial, destinado a assegurar o exercício da liberdade.[379] Especificamente quanto à ordem constitucional brasileira, onde

---

[377] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 23-34.

[378] NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Waldir Alves. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 51-70; NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 71-90.

[379] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp. 189- 194. Já em

expressamente são consagrados direitos sociais como fundamentais, seria equivocado supor que a dignidade da pessoa humana teria a função de assegurar exclusivamente um direito social ao mínimo existencial e que este estaria destinado somente a garantir o exercício da liberdade.[380] O projeto de justiça social da Constituição Brasileira é mais amplo que o previsto na Constituição Alemã, de forma que os direitos sociais gozam da mesma fundamentalidade que os de liberdade. Por sua vez, a dignidade da pessoa humana embasa não só direitos prestacionais que não estejam previstos no catálogo e que garantam uma vida condigna, mas também assegura a

meados do século passado, BACHOF (BACHOF, Otto. Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staattsrechtslehrer, Heft 12: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates; Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1954, pp. 42 apud SARMENTO, op. cit., 2016, pp. 191) defendia que "(...) também é determinação do Estado Social, certamente de alcance restrito, observar o art. 2 II I (direito à vida e à integridade física). Penso ser inaceitável que se considere essa disposição somente como proibição da destruição da existência por meio de uma intervenção estatal. Deve-se também, em relação ao art. 1 II, observar uma garantia positiva do mínimo existencial."

No decorrer da segunda metade do século passado, a doutrina do mínimo existencial restou afirmada pelo Tribunal Administrativo Federal da Alemanha (BVerwGE 1, 159 - 1954, Tribunal Administrativo Federal da Alemanha) e pelo Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 40, 121 - 1975). O Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 125, 175 - Hartz IV) assentou sua jurisprudência no sentido de que o Estado deve respeitar e proteger a dignidade da pessoa humana, portanto, além de uma obrigação de não intervenção estatal, o Poder Público também deve proteger a dignidade da pessoa humana positivamente. Assim, o Estado tem o dever de adotar medidas que prestem auxílio àqueles que não possuem condições materiais mínimas para uma existência condigna, o que abrange a existência física da pessoa (alimentação, vestuário, orçamento doméstico, habitação, calefação, higiene e saúde) e sua existência em contextos sociais (participação na vida social, cultural e política e a possibilidade de cuidar de relações interpessoais).

[380] SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016, pp.193. Segundo SARMENTO (SARMENTO, op. cit., 2016, pp.193) "Tal ideia provém não apenas da positivação dos direitos sociais no texto constitucional, como também da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e da ordem jurídica brasileira." Ensina SARMENTO (SARMENTO, op. cit., 2016, pp. 194-212) que seria equivocado o entendimento de alguns autores de que o mínimo existencial seria um mero pressuposto para o exercício dos direitos de liberdade ou da democracia. Impor uma relação de dependência entre a garantia do mínimo existencial e o exercício de direitos civis e políticos desconsidera a importância dos direitos sociais. Seria desvalorizar a importância dos direitos sociais através de uma hierarquização dos direitos fundamentais, em que os direitos de liberdade teriam certa supremacia sobre os direitos sociais. Principalmente no Brasil, diante da adoção constitucional do princípio da socialidade, tal entendimento não pode prevalecer. Embora a promoção do mínimo existencial seja fundamental para o exercício dos direitos políticos e civis, não se pode condicioná-la somente à tal objetivo.

intangibilidade do núcleo essencial dos direitos sociais em face de atos restritivos ou de omissões estatais.

2.2- O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E AS GARANTIAS JURÍDICO-FORMAIS DO ESTADO DE DIREITO

A- PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A discussão sobre a limitação do poder pelo Direito remonta à antiguidade grega, na qual Aristóteles e Platão discutiam qual seria o melhor governo: o governo das leis ou o governo dos homens. Platão sustentava que a lei jamais poderia prescrever com precisão tudo aquilo que seria mais justo e melhor, tão somente estabeleceria o que seria mais conveniente, por isso, ao pretender valer para todos os casos e todos os tempos, a lei se caracterizaria como prepotente e ignorante. Por outro lado, Aristóteles defendia o governo das leis, já que esta não estaria sujeita às paixões humanas e às preferências pessoais, ou seja, a lei impediria o exercício do poder de forma parcial, de maneira que este não fosse utilizado para atendimento de interesses privados. Platão parte da premissa de que haveria um bom governante e de que a generalidade seria uma característica negativa da lei, por outro lado, Aristóteles pressupõe que a lei seria boa e sua generalidade seria uma característica positiva.[381]

O governo dos homens aparece em sua fase mais rudimentar na figura do soberano, responsável por guiar seus súditos, incapazes de decidir sobre o próprio destino. O poder do soberano não é exercido mediante normas preestabelecidas, gerais e abstratas, mas com fundamento em uma pretensa sabedoria, que deve ser exercida caso a caso. Consequentemente, há um

[381] BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 233-265; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 13-16. Em conclusão, enquanto o primado da lei pretende proteger o indivíduo do governante ruim, o primado do homem deseja defender o indivíduo em face da aplicação indiscriminada da lei.

componente ético que conecta o súdito ao soberano, que confia na justiça da decisão estabelecida no caso em concreto. [382]

O pensamento político ocidental desenvolveu- se no sentido de que o bom governo seria aquele que observasse as leis. No Estado de Direito Liberal teve origem a submissão do poder político ao direito, através de um processo de regulamentação legal de toda a ação de governo. Por isso, no Estado de Direito Liberal, o governo da lei pressupõe tanto o governo *sub lege* como o governo *per lege*, no sentido de que todos os atos de governo devam ser submetidos ao regulamento legal como também que a lei seja uma emanação geral e abstrata. Nesse segundo sentido, de governo *per lege*, através de normas gerais e abstratas, encontravam-se garantidas a igualdade, a liberdade e a segurança, como características intrínsecas do governo da lei. [383]

A concretização da igualdade estava precisamente na generalidade da lei, já que esta não podia ter como destinatário um único indivíduo, mas todos os membros do grupo social, de forma a não permitir privilégios ou discriminações. Por sua vez, a segurança estava assegurada na abstratividade, em que se estabelecia um nexo causal entre uma ação e uma dada consequência tipificados na norma, permitindo a previsibilidade e a calculabilidade dos resultados das próprias ações. Por fim, a liberdade em sua dimensão positiva era uma característica da lei, que assegurava ao destinatário da norma sua manifestação de vontade para elaboração da mesma, por meio de participação em um processo de formação da decisão estatal. Além da garantia da liberdade positiva, a lei tinha compromisso com a liberdade negativa ao propiciar que os indivíduos pudessem livremente desenvolver seu plano de vida sem a interferência estatal. [384]

---

[382] BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 233-265. Segundo BOBBIO, o governo dos homens não deve ser encarado como uma alternativa ao governo das leis, mas seria um estado de exceção, necessário temporariamente quando o governo das leis ainda não tiver sido estabelecido ou diante de uma crise revolucionária, por isso, o autor defende o governo das leis como o melhor tipo. No decorrer da história da humanidade percebe-se o governo dos homens através de um único indivíduo (Cesar; Napoleão), um grupo político (jacobinos; bolcheviques) ou por uma classe social (marxismo).

[383] BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 233-265.

[384] BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 233-265.

Nesse contexto, o princípio da legalidade surgiu associado à separação de poderes, uma vez que somente ganhou sentido quando as funções executiva e legislativa foram divididas em poderes distintos. Como consequência da adoção da separação de poderes de Montesquieu e da doutrina positivista clássica, a reserva de lei importou na supremacia do Parlamento em relação aos demais poderes. Isto porque os poderes executivo e judicial somente poderiam intervir na propriedade e na liberdade do indivíduo caso houvesse uma prévia autorização legal. Partia-se do pressuposto de que qualquer intervenção na liberdade e na propriedade do cidadão deveria contar com o seu consentimento, ainda que manifestado por meio de representantes e em formato de uma lei abstrata e geral. [385]

Embora em um primeiro momento o Estado de Direito Liberal tivesse o objetivo de conter o poder estatal em favor de valores materiais de liberdade, progressivamente o Estado de Direito Liberal se identificou somente com elementos formais, notadamente o princípio da legalidade e da justiça administrativa. Sob o manto de um positivismo jurídico, sucedeu a progressiva substituição da submissão do Estado ao Direito pela submissão da Administração à lei, em que não mais interessava a garantia de direitos fundamentais, mas a proteção do indivíduo em face de atos praticados pela Administração. Com isso, o Estado de Direito Liberal formal teve como característica a falta de preocupação com uma lei justa, identificada como a garantida dos direitos fundamentais, mas apenas com a elaboração de uma lei como instrumento de domínio.[386]

A partir da década de 50, a normatividade atribuída às normas constitucionais importou em uma nova concepção para o Estado de Direito

[385] OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Neoconstitucionalismo: Constitucionalização do Ordenamento Jurídica e a Releitura do Princípio da Legalidade Administrativa. Em Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea. Coordenador: José Ribas Vieira, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, pp. 37-67; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 219-265; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Revisando o regime jurídico de Direito Público. Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF, ano 2, nº 2, jan./dez., Belo Horizonte, 2012, pp. 231-255.

[386] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 27-30. Segundo o autor, o Estado autolimitado pelo seu próprio direito positivo, sem qualquer identificação com os valores materiais, pode adotar qualquer conteúdo, desde que perseguido na forma da lei.

Democrático. A lei como exercício da democracia não consistia mais no poder das maiorias, mas também em limites e vínculos impostos pela garantia dos direitos fundamentais.[387] A mudança de paradigma para o Estado Social acarretou a materialização da ordem jurídica, através de um entrelaçamento entre direito e moral, no qual o conteúdo material do Estado de Direito Democrático e Social se revela principalmente no caráter meta-positivo dos vínculos que o limitam, na natureza dos valores que persegue e no seu objetivo social, direcionados para a realização da dignidade da pessoa humana.[388]

Nesse sentido, o artigo 20, parágrafo 3º da Lei Fundamental Alemã estabelece que "o poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito."[389] Isto significa que a lei somente estará de acordo com a Constituição quando estiver em consonância com os seus condicionamentos formais e materiais. Conforme jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão[390], a lei não pode ser considerada constitucional pelo simples fato de ter obedecido ao procedimento estabelecido na Constituição, já que também deve obedecer aos parâmetros materiais constitucionais. Por outro lado, o mesmo dispositivo constitucional impõe que o executivo e o judiciário devem obediência à lei e ao direito, ou seja, o executivo e o judiciário devem se submeter não somente à lei em sentido formal, mas também ao Direito, incluindo todos os valores constantes expressa ou implicitamente da Constituição.

---

[387] FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 13-16. Segundo o autor, tanto o poder político como o poder econômico estão sujeitos ao controle jurisdicional no plano normativo. Uma dimensão formal assegura a representação política, enquanto uma perspectiva substancial proíbe a restrição injustificada aos direitos de liberdade e obriga a prestar o objeto dos direitos sociais.

[388] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 304-314; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 36-42. Como menciona HABERMAS (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 218-221) a moral não está acima do direito, ela é encampada pelo direito positivo.

[389] Com conteúdo semelhante, a Constituição Portuguesa prevê que os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei (artigo 266º, §2º).

[390] BVerfGE 6, 32 (Elfes). Em: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. Ed. Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, São Paulo, 2016, pp. 51-55.

Embora a Constituição Brasileira não seja dotada de norma idêntica, por conta da força normativa constitucional em um autêntico Estado de Direito, é evidente que os princípios e valores constitucionais vinculam todos os poderes constituídos. A mesma conclusão resulta da interpretação do preâmbulo e dos artigos 1º a 4º da Constituição, uma vez que estes dispositivos preveem diversos valores vinculantes para o Estado Brasileiro, tais como igualdade, justiça, segurança, bem-estar, dignidade da pessoa humana, moralidade, dentre outros. Portanto, como poderes da República Federativa do Brasil, o Executivo, o Legislativo e o Judiciário devem obediência aos princípios e valores constitucionais.[391] A lei será considerada inconstitucional sempre que contrariar os princípios e valores constitucionais, por outro lado, os atos administrativos terão sua validade aferida de acordo com a lei e com o Direito, ou seja, os atos administrativos devem obediência também aos princípios e valores constitucionais.[392]

Devido às novas tarefas encampadas pelo Estado Social e a complexidade das demandas da sociedade, discute-se a possibilidade de algumas questões serem reguladas por atos da Administração. Com a finalidade de determinar quais questões deveriam ser decididas exclusivamente pelo legislador, sem que pudessem ser deixadas a cargo da administração, no início dos anos setenta do século passado, a jurisprudência alemã desenvolveu a teoria da essencialidade. As garantias decorrentes do Estado de Direito e a legitimação característica do princípio democrático impunham que decisões essenciais quanto a questões relevantes para a comunidade deveriam ser tomadas pelo legislador democraticamente legitimado, notadamente quando envolvessem direitos fundamentais e a correspondente restrição.[393]

---

[391] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Editoria Atlas, 19ª Edição, São Paulo, 2006, pp. 49-50.

[392] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Editoria Atlas, 19ª Edição, São Paulo, 2006, pp. 49-50.

[393] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 219-265. Segundo REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2019, pp. 229-233) há certa imprecisão sobre o que seria essencial ou não, de forma que conferiria um poder excessivo ao Tribunal Constitucional para entender o que seria essencial e respectivamente o que deve ser submetido à reserva de lei.

No âmbito da doutrina portuguesa, REIS NOVAIS [394] informa que a doutrina predominante em Portugal entende ser imprescindível a autorização prévia do legislador como condição para qualquer atuação da Administração que possa ser concebida como restritiva de direitos fundamentais. Divergindo da doutrina tradicional, REIS NOVAIS diferencia a restrição abstrata e geral e a intervenção restritiva individual, pontual e concreta, que atinge o âmbito de proteção do direito fundamental. Para a restrição abstrata e geral, entende ser imprescindível a reserva de lei, uma vez que qualquer afetação de direito fundamental deve contar com a decisão do legislador democrático, como representante eleito dos afetados, para lhe conferir legitimidade. No entanto, para as intervenções restritivas individuais, pontuais e concretas, o princípio da reserva de lei poderia ceder diante de algumas hipóteses: quando a Administração estivesse diante de uma necessidade imperiosa de promoção de bens dignos de proteção; quando a inibição da atuação administrativa restritiva de direitos repercutisse negativamente na proteção e promoção de outros bens jurídicos; e quando a atuação administrativa se baseasse em uma interpretação da norma constitucional de garantia do direito fundamental e que precisasse ser realizada para resolver um determinado caso concreto ou nas situações em que o intérprete se limitasse a concretizar limites gerais imanentes ao exercício dos direitos fundamentais.

A doutrina brasileira entende que o ato administrativo possui o atributo de autoexecutoriedade, que poderia ser subdividido em exigibilidade e executoriedade. A exigibilidade permite que a Administração imponha uma obrigação ao administrado, por meios indiretos de coerção, mesmo contra sua vontade e independente de decisão judicial. Por sua vez, a executoriedade seria a faculdade conferida à Administração de realizar, por meios diretos de coerção, a execução forçada de sua decisão para obrigar materialmente o administrado a cumpri-la. Enquanto na exigibilidade os meios de coerção estão sempre previstos em lei, na executoriedade se permite que, independente de previsão legal, a Administração atue em situações emergenciais para resguardar a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade. Neste último caso, o

[394] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 233-265.

controle judicial será exercido posteriormente, sempre que a atuação administrativa for arbitrária ou empregar excesso de força (artigo 37, § 6º).[395]

Embora se tenha conferido uma maior liberdade para a Administração intervir na sociedade de riscos para a concretização de valores materiais previstos na Constituição, houve uma ampliação do controle judicial, não mais reduzida a tarefa do juiz a de mero aplicador da lei. Nesse novo contexto, o julgador deve analisar a atuação administrativa tendo como parâmetro os princípios e as regras constitucionais, devendo se valer de novos métodos de interpretação e aplicação do Direito.[396]

Ainda como consequência das novas funções do Estado Social, houve um fortalecimento do Poder Executivo em detrimento do Legislativo, com a outorga de novas funções na área social e econômica, abrangendo uma competência normativa para ditar normas com força de lei, como são exemplos no direito brasileiro as medidas provisórias, os decretos-leis, as leis delegadas e os decretos autônomos. Esse fenômeno de deslegalização decorreu da incapacidade de o Poder Legislativo produzir leis suficientes para regulamentar a ação administrativa na área econômica e social, já que a norma constitucional não se resume mais a ditar um comando negativo de respeito à esfera jurídica particular, agora impõe deveres de atuação para proteção e promoção de direitos individuais.[397]

Em seu artigo 68, a Constituição Brasileira previu a lei delegada, que pode ser elaborada pelo Presidente da República através de delegação do Congresso Nacional. Outrossim, em substituição ao decreto-lei previsto no artigo 58 da

---

[395] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Editoria Atlas, 19ª Edição, São Paulo, 2006, pp. 130-133; pp. 210-211.

[396] FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 13-16.

[397] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Editoria Atlas, 19ª Edição, São Paulo, 2006, pp. 49-52; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 193-210; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Neoconstitucionalismo: Constitucionalização do Ordenamento Jurídica e a Releitura do Princípio da Legalidade Administrativa. Em Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea. Coordenador: José Ribas Vieira, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007, pp. 37-67; DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. Revisando o regime jurídico de Direito Público. Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF, ano 2, nº 2, jan./dez., Belo Horizonte, 2012, pp. 231-255. Além disso, como forma de promoção da igualdade material, houve também uma mitigação do caráter geral da lei uma vez que esta agora poderia contemplar grupos determinados e situações específicas.

Constituição de 1967, o artigo 62 consagrou a medida provisória, que tem força de lei e pode ser adotada pelo Presidente da República em casos de relevância e urgência, devendo ser submetida de imediato ao Congresso Nacional. Já os decretos autônomos retiram seu fundamento de validade diretamente da Constituição, inovando na ordem jurídica sem que tenham como objeto a disciplina de qualquer lei. A única hipótese de decreto autônomo na Constituição Brasileira está prevista no artigo 84, inciso IV, alínea 'a', que permite ao Presidente da República dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos.[398]

Por fim, antes caracterizada como geral e abstrata, no Estado Social a lei poderia assumir efeitos concretos e ter como destinatário determinado grupo de pessoas, com o fim de garantir a igualdade material, a segurança social e a liberdade fática.

B- PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Associada à evolução histórica do Estado de Direito, a compreensão e concretização do princípio da igualdade é influenciada pelo contexto cultural em que é vivenciada. Em sendo assim, o princípio da igualdade no Estado Liberal está intimamente conectado com o princípio da legalidade, em que significava uma igualdade na aplicação da lei. Como a lei era considerada justa pelo simples fato de ter sido produzida pelo parlamento, defendia-se o entendimento de que todos eram iguais perante a lei, com o nítido propósito de que, independente de posição social ou de títulos, a lei fosse aplicada a todos, sem distinção.[399]

---

[398] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Editoria Atlas, 19ª Edição, São Paulo, 2006, pp. 101-105; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 193-210.

[399] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 101-115; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 67-93; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 211-226.

Por um lado, já no momento de elaboração da própria lei constata-se um défice de igualdade no Estado Liberal, uma vez que somente o homem branco, letrado e proprietário era considerado cidadão e podia participar do processo político de tomada de decisões estatais. Por outro lado, a generalidade e abstração, exigidas pela ideologia liberal, constantemente eram fonte de injustiças, concedendo o idêntico tratamento a situações fáticas desiguais.[400] Nas Constituições dos Estados Sociais do pós-guerra, a justiça da lei englobou o processo de elaboração e o seu conteúdo.[401]

No tocante ao processo de elaboração da lei, o Estado Social reivindica uma igual participação democrática, na qual cada cidadão deve ser tratado com idêntica consideração e respeito no processo de formação da decisão política. Para tanto, os parlamentos foram contemplados com uma representação igualitária, inclusive com a inclusão de minorias; proporcionou-se a igual oportunidade de acesso aos cargos eletivos e uma igualdade de competição entre partidos; conferiu-se um igual direito ao sufrágio e ao exercício de direitos políticos em geral.[402]

Outrossim, o antigo princípio da igualdade de cunho meramente formal agora implica em uma igualdade substancial, impondo ao legislador democrático a obrigação de atender às diferenças reais entre as pessoas, de não se satisfazer com a fórmula geral e abstrata da lei e de buscar o resultado justo.[403] A igualdade material reivindicada pelo princípio da igualdade é também postulada pelo princípio da socialidade, portanto, os princípios da igualdade e da socialidade se aglutinam reciprocamente em uma unidade, tornando a igualdade

[400] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 101-115; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 67-93.

[401] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 101-115; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 67-93.

[402] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 101-115; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 67-93.

[403] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 101-115; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 67-93.

integrante tanto do princípio do Estado de Direito como do princípio da socialidade.[404]

Para o Estado Social, sob a ótica da igualdade, são plenamente justificáveis leis que confiram vantagens ou tratamento privilegiado aos indivíduos que estejam em situação de vulnerabilidade, principalmente aqueles que historicamente foram vítimas de preconceitos ou de discriminação em razão da classe social, do gênero, da orientação sexual, da idade, da raça, da religião, da condição física, dentre outras.[405] Adotando a classificação de RAWLS[406] quanto aos princípios de justiça para a distribuição de bens sociais e econômicos, o Estado Social melhor se compatibiliza com o princípio da igualdade democrática. O princípio da liberdade natural, como entende justa toda a distribuição baseada na economia de mercado e na igualdade jurídica formal, não se compadece com a igualdade substancial almejada pelo Estado Social. Por sua vez, o princípio da igualdade liberal também não seria apropriado ao Estado Social, isto porque o princípio da igualdade liberal permite que a distribuição de bens sociais e econômicos seja realizada pelo critério meritocrático, em que prevalece a distribuição natural de talentos e capacidades (loteria natural). Dessa forma, adotando o princípio da igualdade democrática como princípio de justiça, a igualdade no Estado Social deve ter como justa somente as desigualdades sociais e econômicas que sejam implementadas para o benefício de pessoas mais necessitadas.

Afastando o critério meritório para distribuição de recursos, DWORKIN[407] defende a igualdade através de políticas de discriminação positiva. Como

---

[404] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 350-351. Segundo CANOTILHO, a Constituição Portuguesa teria adotado a expressão democracia econômica, social e cultural, em vez de princípio da socialidade. Ao defender que a igualdade material e o princípio da democracia econômica, social e cultural se aglutinariam em uma unidade, o jurista português rechaça qualquer função instrumental do princípio da democracia econômica, social e cultural em relação à igualdade.

[405] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 101-115; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 211-226.

[406] RAWLS, John. A Theory of Justice. Oxford, 1971 apud SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. 2ª Edição, tradução de Carlos Pacheco do Amaral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2005, pp. 99-107.

[407] DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo, 2011, pp. 347- 352.

informa DWORKIN deve ser distinguido o direito ao igual tratamento e o direito ao tratamento como igual. O direito ao igual tratamento seria a igualdade na distribuição de uma oportunidade ou recurso, enquanto o direito ao tratamento como igual seria o direito ao tratamento com o mesmo respeito e consideração dados a qualquer membro da sociedade, no sentido de que o interesse de qualquer indivíduo deve ser analisado e levado em consideração com a mesma atenção pelo poder público. A igualdade não confere ao indivíduo o mesmo tratamento que é conferido a outros, somente garante que seja tratado com idêntica consideração e respeito no processo democrático de formação da decisão política de concessão de benefícios e imposição de sacrifícios.

Isto porque a atuação do Estado pode eleger critérios que coloquem alguns cidadãos em posição de vantagem em relação aos outros, sendo certo que essa posição de desvantagem de um cidadão será compensada com um ganho para a comunidade como um todo. Isto não significa que o governo deva desconsiderar os interesses daqueles que sofreram a desvantagem, no entanto, quando os interesses deles forem levados em conta pelo Estado, podem ter um peso menor que o interesse daqueles beneficiados com a decisão política.[408] Segundo DWORKIN[409], o bem-estar para a comunidade que justifica a decisão política pode ter dois sentidos. Um primeiro sentido seria utilitarista e levaria em consideração se o nível de bem-estar médio da comunidade aumentou. Já um segundo sentido, denominado ideal, teria como base a aproximação do bem-estar geral com uma sociedade ideal, na qual prevaleceria um critério de justiça. A concepção de uma igualdade social seria um argumento do segundo sentido e melhor se adequaria ao direito de ser tratado como igual.

A garantia de ser tratado como igual denota a profunda conexão existente entre a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Como todos têm igual dignidade, também devem ser tratados com idêntica consideração e respeito, portanto, o direito de ser tratado como igual seria um direito fundamental que não poderia ser desconsiderado pelo legislador democrático. Qualquer tratamento aviltante que tenha como base os atributos naturais da pessoa, as

[408] DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo, 2011, pp. 347- 352; pp. 419-421.
[409] DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo, 2011, pp. 347- 352.

opções individuais sobre planos de vida e as orientações pessoais baseadas na liberdade individual, atentam contra a igual dignidade das pessoas, como são exemplos as discriminações em razão de sexo, raça, religião, orientação sexual, ideologia ou filiação partidária, língua, território, doença ou pertencimento a grupos minoritários.[410]

A nível do ordenamento jurídico-constitucional, a Constituição Brasileira consagrou expressamente o direito de ser tratado como igual. No Título I (Dos Princípios Fundamentais), o artigo 3º prevê que são objetivos da República Brasileira a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Por outro lado, a própria Constituição legitima a atuação do Estado para tratar desigualmente os indivíduos que estejam em situações fáticas distintas, como medida de promoção da justiça social. No Título I (Dos Princípios Fundamentais), o artigo 3º prevê que são objetivos da República Brasileira a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais e sociais (inciso III). No Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira), o artigo 170 dispõe que a ordem econômica tem como finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social; dentre os princípios da ordem econômica está previsto a redução de desigualdades regionais e sociais (inciso VII).

Embora haja previsão constitucional expressa de algumas hipóteses de vedação ou de autorização de tratamento diferenciado, não se pode concebe-las como sendo um rol com enumeração taxativa. Podem ser previstas outras situações pelo legislador democrático em que haja necessidade de se conferir um tratamento desigual ou um tratamento idêntico, com ampla liberdade de conformação. Em Estado de Direito, essas decisões da maioria devem ser submetidas ao controle judicial, que deve analisar invariavelmente os fundamentos e os critérios adotados pelo legislador democrático para justificar uma desigualdade ou uma identidade de tratamento.[411]

[410] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 101-115; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 76-79.

[411] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 76-93.

Alguns parâmetros foram criados pela jurisprudência para se determinar a densidade do controle de constitucionalidade dos atos praticados pela maioria para conformação do princípio da igualdade. Nos primórdios do Estado Social, se entendia que o controle judicial exercido para garantia do princípio da igualdade se identificava com a proibição do arbítrio, de forma que somente as diferenciações elaboradas pelo legislador que não pudessem ser racionalmente justificadas ou que fossem inadmissíveis em Estado de Direito deveriam ser invalidadas pelo Poder Judiciário. Esse entendimento acabava por somente considerar inconstitucional o ato do legislador que fosse clara e inequivocadamente violador da igualdade, fazendo com que este deixasse de estar vinculado a realização de um projeto mais amplo de concretização da igualdade, isto porque todos os atos do legislador que não fossem arbitrários ingressavam na esfera de liberdade de conformação do político.[412]

A superação desse entendimento reducionista da função judicial teve origem na jurisprudência alemã, em fins do século passado. Um controle judicial mais intenso passou a ocorrer tanto no plano da justificação, como na medida de diferenciação e da correspondente adequação às referidas motivações. Não bastaria uma mera justificativa não arbitrária, também seria imprescindível uma adequação substancial do sentido e da medida da diferenciação. A densidade do controle levaria em conta a gravidade, a importância e o grau de afetação resultantes da diferenciação produzida pelo legislador, reservando-se um controle mais intenso quando estivessem em causa os direitos fundamentais.[413]

Ainda como modalidade de uma maior densidade de controle judicial sobre o princípio da igualdade, pode ser citada a jurisprudência norte-americana,

---

[412] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 76-93. Segundo REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2019, pp. 79-81) ao se conferir ampla margem de liberdade ao legislador democrático, sobretudo na aplicação da igualdade no campo dos direitos fundamentais, restaria debilitada a sua concepção enquanto trunfos contra a maioria e, com isso, estariam submetidos à esfera de disponibilidade do legislador democrático.

[413] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 76-93. Leciona REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2019, pp. 82-83) que esse tipo de controle está intrinsicamente conectado com a ideia de justa medida entre a diferenciação produzida e as razões que a fundamentavam. A justa medida está associada à relatividade, à proporcionalidade e ao equilíbrio. Embora haja uma comunicação entre os tipos de controle exercidos com base na igualdade e na proporcionalidade, o controle sobre a proporcionalidade ocorre diretamente sobre a intensidade do ato restritivo (existência de excesso) enquanto o controle da igualdade ocorre sobre a diferença de tratamento (existência de iniquidade).

baseada na classificação de categorias suspeitas, na qual haveria presunção de arbitrariedade quando o tratamento diferenciado prejudicial fosse dispensado a determinados grupos discriminados historicamente. Para que fosse afastada essa presunção, o legislador democrático deveria apresentar justificativa que comprovasse objetivamente que a diferenciação não teria a finalidade de produzir efeitos depreciativos quanto aos indivíduos que compõem a categoria suspeita ou que seria uma condição adequada e necessária para alcançar um fim legitimo.[414]

Atualmente, na jurisprudência constitucional norte-americana e europeia, tem prevalecido o controle judicial do princípio da igualdade em diferentes níveis de densidade, tendo em vista os interesses em análise, a existência de categorias suspeitas, a gravidade da diferenciação e o grau de intensidade de afetação de direitos fundamentais.[415] Embora sem mencionar expressamente os referidos parâmetros, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também tem caminhado para uma maior intensidade do controle de constitucionalidade de atos do legislador que violem o princípio da igualdade. No julgamento da ADI 5617/DF, em que se analisou a constitucionalidade do artigo 9º da Lei 13.165/2015, que fixou o piso e o teto do montante do fundo partidário, destinado ao financiamento de campanhas eleitorais, para a aplicação nas campanhas de mulheres, a Corte Constitucional entendeu que as justificativas do legislador para restringir o direito das mulheres de participar no processo democrático não seriam razoáveis ou racionais, considerando a importância do direito das mulheres de participação política no processo democrático para superação de desigualdades históricas.

---

[414] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 76-93. Como menciona REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2019, pp. 90) para uma categoria não suspeita bastaria uma fundamentação racional do legislador democrático; para uma categoria quase-suspeita haveria necessidade de o legislador justificar sua atuação em um interesse importante e com relação de substancialidade entre os fins perseguidos e os meios utilizados; e, por fim, na categoria suspeita o legislador deve fundamentar a justificativa em um interesse essencial que necessite de realização compulsiva.

[415] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 76-93.

C- PRINCÍPIO DA SEGURANÇA E DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA

A expressão ‘segurança’ possui o sentido geral de proteção, garantia, estabilidade da situação ou pessoa. Dependendo do adjetivo que a qualifica pode assumir diferentes significados, seja como segurança jurídica seja como segurança social. A primeira constitui uma garantia de estabilidade e certeza nos negócios jurídicos, por outro lado, a segurança social tem como objetivo assegurar aos indivíduos e suas famílias condições sociais dignas, basicamente através de um conjunto de direitos sociais.[416]

Como princípio legitimador do Estado de Direito, o princípio da segurança jurídica deve ser observado na atuação estatal, como forma de se assegurar certa estabilidade, autonomia e segurança para que o cidadão possa desenvolver seu plano de vida. Tal princípio remonta à origem do Estado de Direito, em que na sua fase liberal a burguesia ansiava por limitar os poderes absolutistas do monarca para que pudesse desenvolver com segurança sua atividade econômica.

O princípio da segurança jurídica é ínsito ao Estado de Direito, por isso, pode-se afirmar que se encontra implícito no artigo 1º da Constituição Brasileira, ao estatuir que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito. Por outro lado, o artigo 5º *caput* prevê que todos têm direito à segurança, compreendida também a segurança jurídica. Normas constitucionais específicas ainda garantem aspectos do princípio da segurança jurídica, como a garantia ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI), à irretroatividade da lei penal, salvo se em benefício do réu (artigo 5º, inciso XL), à irretroatividade da lei tributária (artigo 150, inciso III), dentre outros.

Como consequência do Estado Social, o princípio da segurança não deve se ater somente à segurança jurídica, como expressão de um dever de respeito e proteção à esfera jurídica individual. Ao Poder Público cabe também garantir a segurança social, através de direitos sociais que assegurem a estabilidade

[416] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 742.

necessária à sobrevivência humana digna.[417] A segurança jurídica exige um dever estatal de respeito ou de proteção à liberdade negativa de autodeterminação individual, vinculando o legislador, o administrador e o juiz, exigindo que os atos do poder público sejam previsíveis, claros e calculados, bem como que sejam dotados de transparência e publicidade.[418] Por sua vez, a segurança social impõe um dever de promoção de condições sociais dignas como pressuposto para o exercício da liberdade positiva, por meio da atuação estatal para a cobertura de riscos sociais.

A segurança social tem como fundamento o princípio da solidariedade previsto no artigo 3º, que impõe como objetivo da República Brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A segurança social impõe uma política de solidariedade social, entendida esta última como a garantia de participação da comunidade no financiamento, gestão, criação e implementação de proteções institucionalizadas no âmbito econômico, social e cultural (artigo 193, parágrafo único, da Constituição Federal).[419]

Ao tratar da seguridade social no Título da Ordem Social, a Constituição garante um conjunto de ações de iniciativa do Poder Público e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Essas ações da seguridade social regem-se segundo os princípios da universalidade de cobertura e do atendimento; uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; irredutibilidade do valor dos benefícios; equidade na forma de participação do

[417] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A dimensão constitucional do Estado Social de Direito na Espanha. Tradução: Hugo César Araújo de Gusmão. Revista Direitos Fundamentais e Justiça nº 2, jan./mar. 2008, pp.105-131; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 742; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 440-443.

[418] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 261-274; MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. Constituição Portuguesa anotada. Tomo I. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 148- 163, pp. 642-643.

[419] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 518-519.

custeio; diversidade da base de financiamento e caráter democrático e descentralizado da administração (artigo 194, parágrafo único).

Conforme preceitua a Constituição, no seu artigo 196, a saúde é direito de todos e dever do Estado, deve ser garantida mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução de riscos de doença e de outros agravos, bem como ao acesso universal igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação. Por sua vez, a previdência social (artigo 201) deve ser organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória, devendo garantir cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção do trabalhador em situação de desemprego involuntário; salário família e auxílio- reclusão para os beneficiários de baixa renda; e pensão por morte do segurado. Por fim, a assistência social (artigo 203) será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, devendo assegurar a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice[420]; o amparo aos adolescentes e crianças carentes; a promoção da integração ao mercado de trabalho; a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; e a garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

O princípio da proteção da confiança é o aspecto subjetivo do princípio da segurança, em que se deve assegurar ao cidadão a possibilidade de prever e calcular os efeitos da atuação estatal na sua esfera jurídica. Por meio do princípio da proteção da confiança garantem-se as expectativas legítimas do cidadão, uma vez que algumas expectativas podem ser legítimas frente ao comportamento esperado do Estado, notadamente quando, diante da vigência de uma determinada norma, o Poder Público tolera ou estimula a prática de

[420] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 53-54. Conforme menciona JORGE MIRANDA, ao tratar especificamente da segurança social de pessoas idosas, a garantia de políticas de sustentabilidade dos sistemas de segurança social para os idosos tem como fundamento o princípio da solidariedade com as gerações passadas e o respeito ao princípio da proteção da confiança.

certos atos pelo cidadão e este não espera uma alteração radical do comportamento estatal. A falta de garantia jurídica acerca da possibilidade do cálculo e da previsão das repercussões dos atos estatais na esfera jurídica individual pode converter o indivíduo em mero objeto da vontade estatal, com nítida violação à dignidade da pessoa humana.[421]

O princípio da proteção da confiança constitui limite para a atuação estatal, mesmo que tenha como objetivo a promoção da justiça social. Nesse sentido, a legítima expectativa do cidadão pode colidir com o interesse a ser objetivado pelo Estado, uma vez que, em um Estado de Direito Social, este está obrigado a intervir para atender aos valores fundamentais previstos na Constituição. Em consequência, o princípio da proteção da confiança deve ser sopesado com o interesse a ser resguardado pela atuação estatal, para se concluir sobre a prevalência de um dos interesses no caso em concreto. Para tanto, deve ser levado em conta a expectativa do cidadão no tocante à inalterabilidade do quadro normativo em vigor, o interesse individual a ser resguardado em concreto, a intensidade de sua afetação e o interesse almejado pelo Estado. Dessa forma, mesmo que o ato estatal tenha como objetivo a promoção da justiça social, este pode ser invalidado quando violador do princípio da confiança. A dignidade da pessoa humana, em última análise, direcionará a resolução do conflito no caso concreto.

Mesmo quanto aos atos praticados pela maioria democrática deve ser observado o princípio da confiança, como limite à atuação do legislador. No âmbito da doutrina portuguesa, segundo REIS NOVAIS[422], quanto ao poder de conformação do legislador, devem ser distinguidas as hipóteses de leis retroativas, leis retrospectivas e leis aplicáveis somente a relações jurídicas a serem constituídas no futuro. REIS NOVAIS entende que, em princípio, estas duas últimas seriam constitucionais, com fundamento na liberdade de

[421] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 261-274; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 147- 169; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 154-157.

[422] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 261-274; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 154-157.

conformação do legislador para o alcance do interesse público, entretanto, a constitucionalidade da medida somente pode ser aferida através da ponderação no caso em concreto.

A retrospectividade ou retroatividade inautêntica tem como objetivo afetar os efeitos presentes de situações ou posições constituídas no passado. Difere-se da retroatividade, na medida em que esta afeta situações constituídas e cujos efeitos esgotaram-se no passado. Dessa forma, em que pese a necessidade da ponderação entre os interesses em confronto, para se verificar a constitucionalidade da medida restritiva em concreto, defende REIS NOVAIS[423] que em princípio a lei retrospectiva seria constitucional. Isto porque algumas relações jurídicas laborais, de família, comerciais, particulares ou outras poderiam ter sido constituídas sob a vigência da lei antiga e continuariam a vigorar perante a lei nova. Da mesma forma, segundo REIS NOVAIS, a inconstitucionalidade da lei retroativa dependerá da ponderação em concreto, sendo certo que a justificativa de interesse público deve ser mais robusta e o controle judicial mais intenso.

No ordenamento jurídico brasileiro, vigora o entendimento de que as leis retroativas são inconstitucionais, tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei penal (artigo 5º, inciso XL), bem como o princípio da garantia do ato jurídico perfeito, do direito adquirido e da coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI). Para tanto, adota-se o conceito de retroatividade máxima, média e mínima, assim sendo, na primeira a lei atinge os atos ou fatos já consumados; na média a lei incide sobre os efeitos ainda não ocorridos (efeitos pendentes), sem alcançar os atos ou fatos anteriores; por fim, a mínima decorre da aplicação da lei nova sobre os efeitos futuros dos atos ou fatos pretéritos, sem alcançar os atos ou fatos pretéritos e os efeitos pendentes.

---

[423] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 261-274.
Em sentido contrário no âmbito da doutrina portuguesa, JORGE MIRANDA (MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 472.) defende que tanto as leis totalmente retroativas como as leis restritivas de retroatividade imprópria ou retrospectiva seriam inconstitucionais, sob o fundamento de que essas leis envolveriam pessoas e atos determinados ou determináveis, portanto, não seriam dotadas do caráter geral e abstrato e violariam o princípio da confiança (artigo 18º, nº 3 da Constituição Portuguesa).

Como leciona MENDES[424], para efeito de retroatividade da lei, há diferença entre as relações contratuais e as relações estatutárias. Como as relações estatutárias estabelecem uma relação de poder, em que as condições podem ser modificadas pelo arbítrio de uma das partes, não haveria retroatividade da lei, mas sua aplicação imediata. Por outro lado, quando se tratar de relação contratual, deve ser respeitada a vontade das partes, em razão da autonomia privada e, por isso, não seria admitida a aplicação da lei nova, ainda que para reger os efeitos futuros.

Em relação aos contratos, a doutrina brasileira não diferencia leis que podem e as que não podem ser dissociadas do fato do contrato, como ocorre na doutrina portuguesa, fundada no artigo 12, 2ª parte do Código Civil Português. Consequentemente, no ordenamento português, a lei nova pode reger os efeitos futuros dos contratos vigentes, quando os efeitos puderem ser dissociados do fato da conclusão do contrato. Mesmo nesse caso, a doutrina e a jurisprudência brasileiras tendem a caracterizar a lei como retroativa e inconstitucional.[425]

Esse tem sido o posicionamento da doutrina[426] e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[427], que entendem pela inconstitucionalidade de qualquer espécie de lei retroativa, com base na garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI), mesmo que se trate de mera incidência de lei sobre efeitos jurídicos gerados por atos praticados anteriormente à sua vigência (retroatividade mínima). No julgamento do Agravo de Instrumento nº 244.578-RS, argumentou-se que a lei nova não poderia reger efeitos futuros gerados por atos ou fatos a ela anteriores, sob pena de se afetar o próprio ato ou fato ocorrido no passado, em nítida afronta à tutela da intangibilidade do ato jurídico perfeito. Como consta da decisão, caso fosse possível a retroatividade da lei, mesmo que mínima, o Estado seria dotado de

[424] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2009, pp. 517-521.
[425] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2009, pp. 517-521.
[426] SILVEIRA LOBO, Carlos Augusto da. Irretroatividade das Leis de Ordem Pública. Revista Forense, vol. 289, pp. 239; SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Instituições de Direito Civil. Ed. Forense, Vol. I, Rio de Janeiro, 2012, pp.128.
[427] AI 244.578-RS; AI 258.337-AgR

um poder arbitrário de intervir na esfera das relações contratuais privadas em curso de execução.

Em que pese a doutrina e a jurisprudência dominantes, o Estado Social constitui um princípio estruturante da Constituição da República Brasileira, na qual a intervenção estatal pode ser justificada principalmente quando direcionada à concretização de aspectos da dignidade da pessoa humana. Em um Estado de Direito Democrático e Social não se pode tolerar um direito de liberdade negativo absoluto e a respectiva admissão de partes formalmente iguais, mas materialmente desiguais, desconsiderando o poder econômico existente nas relações privadas. Dessa forma, parece mais adequado o entendimento de que devem ser sopesados os interesses para se definir pela constitucionalidade da lei retroativa, notadamente quando se tratar de retroatividade mínima, o interesse a ser resguardado pela lei for relevante, o interesse individual no caso concreto não possuir importância jusfundamental e o grau de sua afetação for reduzido.

Por sua vez, embora a atuação do Estado na busca pela promoção da justiça social possa encontrar limites no princípio da confiança, este também pode constituir fundamento para a garantia do Estado Social. Na área social, a proteção da confiança impede que o Estado retire ou deixe de adotar medidas de proteção e de promoção de acesso a um determinado bem social, sem que seja embasado em uma justificativa legítima. Em assim sendo, a existência de uma política social não pode simplesmente ser abolida sem qualquer fundamento legítimo, na medida em que a atuação reiterada do Poder Público gera uma expectativa legítima no indivíduo de contar com a prestação social para levar adiante seu plano de vida.

Nesse ponto, SARLET[428] defende a vedação do retrocesso social, como forma de proteção em face de medidas retrocessivas do legislador democrático

[428] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 440-443. A vedação ao retrocesso social ou proibição do retrocesso ou teoria da irreversibilidade surgiu na Alemanha, com fundamento no princípio do Estado Social (artigos 20 e 28, 1º) e tinha a finalidade de impedir que o Poder Público adotasse medidas que prejudicassem os avanços conquistados na área social. Embora o Estado não possa controlar o aspecto econômico-financeiro, a vedação do retrocesso social pressupõe um crescimento econômico sempre crescente para que se possa ao menos manter as prestações sociais já conferidas. Por outro lado,

no campo dos direitos sociais. Ainda que não sejam retroativas e não violem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (artigo 5º, inciso XXXVI), os atos legislativos que suprimem determinado conteúdo da Constituição ou reformem normas legais destinadas a regulamentar dispositivos constitucionais de direitos sociais violariam o princípio da proteção da confiança.

D- PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A proporcionalidade é uma concepção natural às relações humanas, que se corporifica na expressão de que a reação deve ser proporcional à ação e de que a distribuição de bens deve atender a um critério de justiça, por isso, a proporcionalidade é ínsita ao Direito e à justiça.[429]

No âmbito do Direito Internacional, consta da Convenção Europeia (artigos 15º e 18º), do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artigo 4º), da Convenção Interamericana (artigo 29, alínea 'a') e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (artigo 52º, nº 1º). No Constitucionalismo está ligado no direito anglo-saxão às noções de *reasonableness, rational basis* e *strict scrutiny*. Na Europa se afirmou após a segunda guerra mundial, em decorrência dos ensinamentos da doutrina alemã, que qualifica o princípio da proporcionalidade como um princípio constitucional não- escrito, decorrente do Estado de Direito, com o sentido de que os meios utilizados pelo legislador deveriam ser adequados, necessários aos fins visados e proporcionais estrito senso. [430]

---

em um Estado de Direito Democrático deve-se conferir às futuras gerações o poder de decidir sobre a alocação de recursos disponíveis, reformulando as políticas sociais para se adequar às novas necessidades coletivas. Dessa forma, parece mais adequada a adoção da teoria geral das restrições, como defende REIS NOVAIS (NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 311-318), submetendo os direitos sociais à mesma dogmática jurídica dos tradicionais direitos de liberdade, conferindo-lhes idêntica importância jusfundamental. Nesse sentido, cabe ao juiz analisar a legitimidade da restrição imposta ao direito social concretizado pelo legislador.

[429] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 323- 335.
[430] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 323- 335.

Por sua vez, a Constituição Portuguesa consagrou o princípio da proporcionalidade no artigo 18, 2, no qual há previsão de que as restrições impostas pelo legislador aos direitos, liberdades e garantias devem ser compatíveis com o princípio da proporcionalidade, no sentido de que sejam limitadas ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. A Constituição Portuguesa seria uma das que mais teria avançado na explicitação do princípio como meio de limitação do poder e garantia do Estado de Direito.[431]

A Constituição Brasileira não dispõe de dispositivo semelhante ao artigo 18, 2 da Constituição Portuguesa. Entretanto, pode-se inferir o princípio da proporcionalidade do Estado de Direito Democrático (artigo 1º) e, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal[432], como dimensão específica do princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV).

O princípio restringe a discricionariedade da atuação estatal para que se atenha aos limites constitucionais, a partir da análise dos parâmetros da aptidão ou idoneidade, da necessidade ou indispensabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito. Em assim sendo, o ato do Poder Público é idôneo quando apto a alcançar o fim almejado com a restrição, é necessário caso o legislador não disponha de outro meio eficaz menos restritivo ao direito fundamental para atingir a finalidade e, por fim, atende ao princípio da proporcionalidade em sentido estrito quando o bem que se deseja resguardar possuir valor igual ou superior ao direito restringido. Ao passo que o controle da aptidão e da necessidade repousa sobre uma relação objetiva e um juízo empírico (realizado com base em dados fáticos no momento de realização do controle), a análise da proporcionalidade em sentido estrito pressupõe um juízo normativo. Nesse juízo

---

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão: BVerfGE, 30:292 (316), 39:210 (230-1). Em: MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. In: Revista Diálogo Jurídico, ano I – Vol. I – N 5, Salvador, Bahia, agosto de 2001, pp. 1-25.

[431] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 324- 325.

[432] Suspensão de Segurança – SS 1320, D.J. 14/4/99. Em: MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. In: Revista Diálogo Jurídico, ano I – Vol. I – N 5, Salvador, Bahia, agosto de 2001, pp. 1-25.

de valoração deve-se apreciar o valor do sacrifício imposto ao direito, comparado com o objetivo a ser atingido.[433]

Além da apidão, da indispensabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, existem entendimentos doutrinários e jurisprudenciais [434] que acrescentam outros elementos ao princípio. REIS NOVAIS [435] acrescenta o princípio da razoabilidade e o princípio da determinabilidade. O primeiro diria respeito às consequências da restrição estatal na esfera pessoal daquele que é desvantajosamente afetado, significando que a mesma não seria admissível quando coloque o afetado em uma situação intolerável de desproteção da liberdade e da autonomia individual em um Estado de Direito. Por sua vez, o princípio da determinabilidade exige que o alcance e a medida concretos da restrição sejam determinados com suficiente precisão no seu conteúdo e no seu efeito, para que assim sejam conhecidos e previstos pelo cidadão. Segundo o professor lusitano, esse último princípio também representaria uma garantia dos princípios da segurança, da proteção da confiança jurídica, da reserva de lei e do princípio democrático.

O princípio da proporcionalidade seria o vetor básico do Estado de Direito Material, merecendo aplicação sempre que existam dois ou mais bens jurídicos

---

[433] ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 105-116; ALEXY, Robert. A fórmula peso. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 131-153; ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 155-165; CANAS, Vitalino. A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e optimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios). In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume III, Coimbra Editora, Lisboa, 2012, pp. 811- 894; AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 184-189.

[434] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 333-335. Segundo JORGE MIRANDA podem ser citados os seguintes Acórdãos do Tribunal Constitucional Português: 187/2013; 413/2014, nos quais se relaciona o princípio da proporcionalidade estrito senso ao princípio da razoabilidade.
No âmbito da jurisprudência brasileira, podem citadas as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal: Suspensão de Segurança – SS 1320; ADin 1.063-DF; ADin 1.407- DF

[435] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 161- 194; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 95-146.

a serem realizados e sobre os quais se objetiva equilíbrio, harmonização, ponderação ou concordância prática. A forma mais comum de violação do princípio seria o excesso de interferência estatal, que afete o conteúdo ou o exercício de um direito, entretanto, também ocorre a violação sempre que exista insuficiência ou incumprimento pelo Estado do seu dever de proteção.[436]

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade é responsável por direcionar a atuação do poder público em favor da concretização dos valores constitucionais. Fundamento material do Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana justifica e auxilia a aplicação do princípio da proporcionalidade. Em Estado de Direito, os poderes constituídos estão obrigados a respeitar a dignidade da pessoa humana, não podendo afetar desvantajosamente o direito fundamental de forma excessiva ou gratuita, por isso, ainda que tenha como objetivo a promoção da justiça social, a atuação estatal será inconstitucional quando violar o princípio da proibição do excesso. Por outro lado, o Poder Público está incumbido do dever de proteger os cidadãos contra ameaças de outros particulares ou de causas naturais, como também do dever de promover o acesso aos bens jusfundamentais. Assim sendo, há um estado de inconstitucionalidade estatal sempre que a proteção ou a promoção são insuficientes. Enquanto a proibição do excesso está relacionada ao controle de constitucionalidade de medidas restritivas, em que existem parâmetros objetivos para o controle judicial, o princípio da proibição do défice ou da proteção insuficiente diz respeito ao problema da constitucionalidade das omissões, na qual há uma maior liberdade do legislador.[437]

---

[436] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 323- 335.

[437] STRECK, Lenio Luiz. Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (übermabverbot) à proteção da proibição deficiente (untermabverbot) ou de como não há blindagem contra as normas penais inconstitucionais. In: Boletim da Faculdade de Direito, V. LXXX, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2004, pp. 303-345; CANAS, Vitalino. A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e optimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios). In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume III, Coimbra Editora, Lisboa, 2012, pp. 811- 894.

GILMAR MENDES (MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. In: Revista Diálogo Jurídico, ano I – Vol. I – N 5, Salvador, Bahia, agosto de 2001, pp. 1-25) utiliza o princípio da proporcionalidade como sinônimo do princípio da proibição de excesso. Como informa, a discricionariedade legislativa compreende a ideia de liberdade e de limitação, uma vez que se reconhece ao legislador o poder de conformação dentro dos limites traçados na

Quando a Constituição consagra uma obrigação estatal em norma com suficiente densidade normativa, notadamente em formato de regra, impõe um dever estatal de forma inequívoca e com conteúdo plenamente determinado, caso no qual a omissão inconstitucional pode ser claramente identificada. Entretanto, na maioria dos casos, os deveres estatais não contam com suficiente definição da forma de atuação do Estado para proteção ou promoção, conferindo ampla liberdade ao legislador democrático. Diante de deveres genéricos e da obrigação de concretizar direitos positivos com pouca determinabilidade em nível constitucional, o Estado sempre pode fazer mais e melhor, portanto, a questão se resume a definir quando esta omissão pode ser taxada de inconstitucional, uma vez que não se pode objetivamente precisar quando deve o Poder Público atuar e raramente há somente uma forma de atuar. Mesmo em se tratando de direitos com pouca determinabilidade à nível constitucional, o princípio da proibição do défice passou a constituir importante instrumento jurídico para a garantia de direitos positivos em face da desídia estatal.[438] Conquanto a utilização do princípio da proporcionalidade na sua vertente de proibição do excesso já esteja sedimentada na doutrina e na jurisprudência, o princípio da proibição do défice ainda carece de maior desenvolvimento.

Há uma doutrina que associa o princípio da proibição do défice a um controle de mínimos, em que, diante de uma colisão de direitos fundamentais entre particulares, o legislador teria o dever de proteger um direito fundamental e, por outro lado, de respeitar o outro direito que necessitou ser restringido para proteger o primeiro. A margem de decisão do legislador encontraria seu limite máximo na impossibilidade de restringir excessivamente o direito do agressor, bem como teria seu limite mínimo na obrigação de assegurar um patamar mínimo constitucionalmente exigível de proteção para o direito fundamental da vítima. Dentro desta margem, entre aquilo que estaria constitucionalmente vedado e o que seria constitucionalmente devido, o legislador poderia livremente

Constituição. Nesse sentido, o poder de legislar também contempla o dever de legislar, por isso, a omissão legislativa seria equiparável ao excesso de poder legislativo.

[438] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 171-218. Segundo REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2019, pp. 172), embora a obrigação de prestar esteja frequentemente associada ao dever estatal de proteção e de promoção, também seria possível uma obrigação de prestar em relação ao dever estatal de respeito.

decidir. Dessa forma, o controle judicial seria caracterizado por uma deferência ao legislador e a respectiva fiscalização judicial recairia sobre a garantia de um mínimo de proteção constitucionalmente exigível. Nesse modelo, o controle judicial seria constantemente associado a um controle por evidência ou à garantia do conteúdo essencial.[439]

No julgamento sobre a constitucionalidade da lei que derrogou normas do Código Social, o Tribunal Constitucional Alemão (BVerfGE 125, 175 - Hartz IV)[440] fundamentou sua decisão incidentalmente no princípio da proibição da insuficiência. Entendeu que o tipo controle exercido pelo Tribunal sobre o mínimo existencial fixado pelo legislador deve ser por evidência, para somente declarar a inconstitucionalidade de medidas legislativas evidentemente insuficientes. Embora o artigo 1 tenha imposto ao Estado o dever de proteger a dignidade da pessoa humana, a Constituição não determina a escolha de um único método para a conformação do mínimo existencial. Por isso, a decisão do legislador deveria ser respeitada quando, no procedimento para a proteção da dignidade da pessoa humana (artigo 1), tenha investigado os fatos de maneira correta e tenha escolhido um procedimento idôneo para a fixação do mínimo existencial, de maneira racional e idônea.

Por outro lado, há uma concepção que assimila o princípio da proibição do défice ao princípio da proibição do excesso para que sejam aplicados de maneira similar. Para PULIDO[441], o princípio da proteção insuficiente deve ser aplicado aos direitos prestacionais de forma semelhante à aplicação do princípio da proibição do excesso aos direitos de índole negativa. Como os dois seriam

---

[439] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 171-218. REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2019, pp. 179) critica esse modelo, uma vez que o controle se daria exclusivamente sobre o resultado alcançado (grau de proteção conferido), não quanto à forma como esse resultado foi alcançado.

[440] BVerfGE 125, 175 - Hartz IV. Em: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. Ed. Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, São Paulo, 2016, pp. 39-47.

[441] PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a “Existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 137-175; PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 800- 805.

subprincípios da proporcionalidade, deveria ser analisada a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Conforme ensina PULIDO, como os direitos prestacionais constituem uma posição jurídica *prima facie*, que garantiriam tudo que estivesse contemplado no âmbito de proteção normativo, a omissão estatal seria inconstitucional quando não justificada em um motivo legítimo. A falta ou a insuficiência de proteção ou de promoção seria inconstitucional quando a omissão não fosse apoiada em um fim previsto na Constituição. A necessidade impõe que não existam outras medidas igualmente aptas e que favoreçam a realização do direito prestacional. Por fim, a falta de atuação do Poder Público seria proporcional em sentido estrito sempre que o bem ou valor a ser tutelado com a omissão seja digno de maior garantia que o direito prestacional.

Entretanto, embora essa concepção ampliativa tenha a preocupação de oferecer maior garantia ao direito fundamental, há críticas sob o fundamento de que o controle exercido por meio da proibição do défice seria diverso do realizado através da proibição do excesso, isto porque não incide sobre uma relação de proporcionalidade entre duas ou mais grandezas e de que os critérios da aptidão, necessidade e proporcionalidade não seriam adequados para o controle de omissões.[442]

Há ainda doutrina que defende o controle da proibição do défice com base em uma ponderação de direitos em colisão, notadamente entre um direito que necessita de proteção e um direito que sofreria a restrição caso fosse adotada a medida de proteção. Esse posicionamento teria sido adotado pelo Tribunal Constitucional Alemão, no julgamento sobre o aborto (BVerfGE 88, 203), no qual foi abandonado um controle de evidência para se exigir uma proteção adequada e efetiva. Uma proteção além de um patamar mínimo daria ao juiz uma livre margem de ponderação para considerar o que seria adequado e efetivo. Com isso, permitiu-se ao juiz uma maior margem de controle das decisões do

[442] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 189-197. Segundo REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2019, pp. 191-192), além das citadas objeções, assim como ocorre no controle pela proibição do excesso, não deveria ser aplicado o controle em sequência da adequação, da necessidade e da proporcionalidade.

legislador democrático, sem que se estabelecessem parâmetros jurídicos objetivos de controle.[443]

No julgamento sobre o aborto (BVerfGE 88, 203)[444], adotando o princípio da proibição da insuficiência, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu por um controle jurisdicional mais amplo do dever de proteção e uma mitigação da liberdade do legislador democrático, tendo em vista os parâmetros constitucionais estabelecidos. Segundo o Tribunal Constitucional Alemão, a Constituição obriga o Estado a proteger a vida humana, dessa forma, não só proíbe intervenções estatais diretas sobre a vida, como também impõe um dever de protegê-la, sobretudo em face de agressões ilícitas de terceiros. O dever de proteção teria base no artigo 1, que determina que o Estado respeite e proteja a dignidade humana, vinculando todos os órgãos estatais, inclusive o Poder Legislativo.

Como forma de cumprir seu dever de proteção, o Tribunal Constitucional afirmou que o Estado deve estabelecer exigências comportamentais através de lei, tanto de obrigações de fazer como de não fazer. Dessa forma, a proteção legal deveria obstar a mãe de interromper a gestação, assim como de impedir a influência de terceiros, operando em duas direções. Em um primeiro sentido, deveria desenvolver seus efeitos de proteção preventivos e repressivos no caso particular, por outro lado, deveria criar uma consciência jurídica no povo sobre os valores que constituem o direito e o não- direito. Portanto, a mera adoção de qualquer medida de proteção não desincumbiria o Estado do seu dever, uma vez que deve o legislador regulamentar detalhadamente o tipo e a extensão da proteção, tendo em vista o bem jurídico a ser protegido. Embora a Constituição não regulamente o dever de proteção, o legislador deveria observar o princípio da proibição da insuficiência, que deve ser submetido ao controle jurisdicional constitucional. Para tanto, o Tribunal estabeleceu que deveriam ser atendidas exigências mínimas para que a proibição de insuficiência não fosse violada pelo legislador. Entre estas exigências estariam a proibição legal do aborto; a

[443] NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 197-200.
[444] BVerfGE 88, 203. Em: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. Ed. Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, São Paulo, 2016, pp. 181-195.

previsão de situações excepcionais em que seria permitido o abordo; o dever estatal de prestar apoio à mulher através de aconselhamento e ajuda; e a tutela da vida humana intrauterina por meio do direito penal.

O Tribunal Constitucional Alemão menciona que o dever estatal de proteção da vida humana intrauterina também deve resguardar as condições de vida da mulher e de sua família, abrangendo o dever constitucional de proteção da família e da maternidade (artigo 6, I e IV) e estabelecendo um mandamento vinculante de proteção para todo âmbito do direito privado e do direito público. Dessa forma, haveria uma imposição constitucional para que o Estado atue para prestar assistência com a finalidade de que a gestação não seja interrompida por conta de uma carência material no momento da gestação ou após o nascimento. Por outro lado, como dever da sociedade e do Estado, o Poder Público deve adotar medidas fáticas e jurídicas de forma a serem excluídas desvantagens que a gravidez possa gerar para a mulher no campo profissional e de sua formação educacional, tendo em vista a proteção constitucional da família (artigo 6º) e a equiparação do homem e da mulher na participação da vida profissional (artigo 3º, II). Por fim, como forma de criar uma consciência geral de preservação da vida uterina, deveriam as instituições públicas de saúde promover aconselhamento familiar e educação sexual que valorizem a vida intrauterina.

Por fim, REIS NOVAIS[445] adota uma concepção do princípio da proibição do défice na qual almeja conciliar os princípios democrático e da separação de poderes, com uma maior garantida de um direito fundamental em um Estado de Direito. Adverte que a substituição da ponderação do legislador pela ponderação que o juiz constitucional entende adequada, quanto aos deveres de promoção e proteção, em que se deve levar em conta a reserva do politicamente adequado e a reserva do financeiramente possível, enseja a mitigação da separação de poderes.

[445] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 324-337; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 290-311; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 203-217.

Por conta disso, entende REIS NOVAIS[446] que o princípio da proibição do défice não deve ser associado ao princípio da proporcionalidade, assim sendo, deve ser adotado um controle por evidência. Segundo o autor, o princípio seria constituído do subprincípio da realização do mínimo e do subprincípio da razoabilidade. O primeiro teria o objetivo de garantir um conteúdo mínimo do direito, consistente em uma proteção ou promoção mínimas ou um mínimo para existência condigna, abaixo do qual haveria a violação da dignidade da pessoa humana por não proporcionar ao indivíduo um patamar tolerável de autodeterminação. Por se tratar de violação da dignidade humana, enquanto princípio de caráter absoluto, o conteúdo mínimo do direito não poderia ser ponderado ou ceder diante de outros direitos ou valores.

Como forma de complementar a garantia do mínimo exigível, para que o princípio da proteção insuficiente não se atenha somente à tutela de meios básicos de subsistência ou de proteção, o professor da Universidade de Lisboa propõe a análise da razoabilidade da omissão do ponto de vista objetivo e subjetivo dos destinatários da medida prestacional estatal. O subprincípio da razoabilidade impõe que a omissão estatal não provoque ao indivíduo uma situação pessoal intolerável em um Estado de Direito Social e Democrático. Ao contrário do mínimo exigível, o subprincípio da razoabilidade teria caráter relativo à luz das condições econômicas, morais e culturais da sociedade, cabendo ao legislador democrático a sua implementação de forma progressiva. [447]

Segundo REIS NOVAIS[448], na sua concepção melhor se compatibiliza o princípio democrático e o Estado de Direito, uma vez que não retira a liberdade

[446] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 324-337; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 290-311; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 203-217.

[447] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 324-337; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 290-311; NOVAIS, Jorge Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 203-217.

[448] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 324-337; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 290-311; NOVAIS, Jorge

do legislador democrático para decidir politicamente e de acordo com os recursos disponíveis sobre a forma de concretização do direito prestacional, permitindo, no entanto, o controle judicial sobre a desídia estatal em não providenciar o mínimo de existência condigna e sobre a razoabilidade da falta ou insuficiência da atuação estatal.

Dessa forma, independente da concepção que seja adotada para o princípio da proibição da insuficiência, não se pode descartar a sua relação íntima com Estado Social. Somente com a intervenção do Estado na sociedade se tornou necessário um instrumento jurídico apto a controlar a desídia do Poder Público na sua tarefa de proteger e promover os direitos fundamentais.

E - PRINCÍPIO DA DIVISÃO DE PODERES

No decorrer da história da humanidade houve a tentativa de imposição de limites ao poder estatal. Em Grécia e em Roma, ditava-se que o poder não poderia estar concentrado na mesma magistratura, já no Estado Estamental o poder era limitado pela sua divisão entre as diversas classes remanescentes do regime feudal. Somente com o advento da doutrina liberal, em reação ao Absolutismo, foi estabelecida uma divisão de poderes com estrutura orgânica e normativa. Inspirado em Locke, foi Montesquieu em seu livro *"De l'esprit des lois"*, quem primeiramente concebeu a estrutura de divisão de poderes com as funções legislativa, executiva e judiciária. Sua teoria influenciou a Constituição Americana de 1787 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, constituindo ainda hoje a concepção adotada pelas Constituições de Estado de Direito para a limitação do poder estatal.[449]

Reis. Princípios Estruturantes de Estado de Direito. Editora Almedina, Coimbra, 2019, pp. 203-217.

[449] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 261-311. Além da divisão funcional de poder propiciada pela separação de poderes, surgiram novas técnicas para se evitar a concentração de poderes, como a divisão territorial de poderes, através do federalismo e da descentralização. Pela divisão territorial de poder são constituídos núcleos de poder espacialmente delimitados, com autogoverno e competências correlatas, que restringem a atuação do poder central.

A divisão funcional de poder no Estado Liberal tinha a finalidade de limitar os poderes absolutistas do monarca para garantia de direitos naturais, na medida em que a arbitrariedade e a respectiva insegurança causadas pela atuação do Estado impunham a adoção de medidas de contenção do poder. Dessa forma, a divisão de poderes no Estado Liberal está associada à supremacia do parlamento e ao princípio da legalidade, no sentido de que os atos e as funções dos demais órgãos estatais estavam submetidos ao império da lei. Como a lei era aprovada pelo parlamento, representante da vontade geral, era tida como sinônimo de liberdade e justiça, por isso, não podia ser contestada pelos demais poderes.[450]

Por um lado, através do princípio da legalidade, garantidor da segurança jurídica, pretendia-se resguardar a liberdade e a propriedade em face de intromissões do Executivo. Por outro lado, defendia-se que a independência do Poder Judiciário somente estaria concretizada através da total subordinação à lei, uma vez que assim ficaria imune às pressões e interesses que não fossem provenientes do próprio Direito.[451] O positivismo formalista clássico e os métodos interpretativos de Savigny constituíam um método eficaz para que o juiz ficasse adstrito à lei. Na medida em que as decisões judiciais somente podiam reproduzir a letra da lei e os atos administrativo deviam uma obediência restrita à lei, os Poderes Executivo e Judiciário tinham um papel secundário e subalterno em relação ao Poder Legislativo.

Além de uma falta de equilíbrio entre os Poderes, no Estado Liberal não havia preocupação com a legitimidade democrática dos mesmos, uma vez que a grande maioria da população era alijada do processo político de eleição dos representantes do Parlamento. A doutrina da separação de poderes de Montesquieu representou a técnica mais eficaz de consolidação do princípio liberal e do domínio burguês, na medida em que foi a solução intermediária para se afastar, de um lado, o poder popular e, de outro, o despotismo do rei. A separação de poderes importou na vitória do princípio liberal sobre o princípio democrático de Rousseau, na medida em que acarretou a mutilação do princípio

[450] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 261-284.
[451] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 24-27.

básico de sua teoria, qual seja, a indivisibilidade da soberania, já que foi constituído um órgão legislativo supremo como representante e intermediador da vontade popular.[452]

A evolução da concepção da separação de poderes teve origem em fins do século XIX e se consolidou com o fim da segunda grande guerra mundial, tendo como principais fatores o processo de democratização do poder e a intervenção do Estado Social no domínio econômico e social. Estes fatores estão intimamente interligados e são os elementos que dão origem ao atual conceito de Estado de Direito Social e Democrático. No governo representativo do Estado Liberal havia carência de legitimidade democrática, uma vez que o Poder Executivo era exercido pelo monarca e as eleições para o parlamento eram censitárias. O processo de democratização importou não somente no alargamento do sufrágio, mas também em uma legitimação democrática dos Poderes Executivo e Legislativo. A extensão do direito de voto e de elegibilidade a todos os membros da comunidade deu origem ao surgimento de partidos de massa, que necessitavam angariar um maior número de simpatizantes para se elegerem. Como consequência, os partidos passaram a contar com a adesão de pessoas pertencentes a classes mais pobres e necessitadas, que, em contrapartida, demandavam por políticas sociais. Essas novas aspirações sociais impuseram a atuação do Estado na economia e sociedade, por meio de políticas públicas estruturadas principalmente pelo Executivo.[453]

Com isso, surgem com o Estado de Direito Social e Democrático novos métodos de limitação do poder que não existiam ou não eram valorizados no Estado Liberal, como o reconhecimento do pluralismo, os direitos de oposição e de minoria, o direito de alternância política, a valorização da opinião pública e da liberdade de imprensa, o aprofundamento dos mecanismos da democracia

---

[452] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 65.
No mesmo sentido: ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. O princípio da Separação de Poderes e Direitos Fundamentais Sociais: A necessidade de releitura sob a ótica de um Estado Social de Direito. Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI 77, 2011, pp. 185- 206.

[453] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 261-284; BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 63-88.

participativa, a integração do cidadão e de associações na vida política e nas funções estatais, a divisão vertical ou territorial de funções (regionalização e descentralização política e administrativa), mecanismos de racionalização da democracia representativa e de limitação de poder.[454]

Em relação à técnica da separação de poderes, no Estado de Direito Social e Democrático deve ser compreendida como um processo racionalizado de distribuição e integração das funções do Estado, direcionadas para a limitação do poder e para garantia da atuação estatal mais eficiente, sem prejuízo do respeito aos direitos e liberdades fundamentais. [455] Essa divisão não pode ser mais entendida como uma repartição estanque e mecânica, há uma mescla entre as funções, de forma a todas contribuírem para a satisfação da dignidade da pessoa humana. [456] Neste aspecto, o Executivo passou a desempenhar a competência para editar atos normativos, com efeitos gerais e abstratos (artigo 84, incisos VI e XXVI) e o Legislativo encampou tarefas tipicamente administrativas (artigo 49, inciso XII) e jurisdicionais (artigo 52, incisos I e II).

---

[454] NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 38-40.

[455] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 34-36.

[456] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15- 45; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 38-40; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167; BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 63-88. BONAVIDES (BONAVIDES, op. cit., 2009, pp. 137-138) atribui a Hegel uma importante alteração na concepção do princípio da separação de poderes, já que incorporou através da teoria organicista a ideia de colaboração e interdependência, resultando em poderes coordenados e não antagônicos. Diante dessa nova perspectiva de colaboração e interdependência, os poderes não são órgãos isolados e distanciados uns dos outros, há necessidade de constante intercomunicação entre eles. Isto porque Hegel entendia que a concepção do princípio da separação de poderes no Estado Liberal estabelecia uma relação entre os poderes essencialmente negativa, mediante técnicas de limitação recíprocas. Por conta disso, haveria um estado de temor e hostilidade entre os poderes, em que um consideraria o outro como inimigo, resultando ao final na desintegração do Estado.
Por outro lado, José Afonso da Silva (SILVA, Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 112-113) também prefere a expressão colaboração de poderes (parlamentarismo) ou independência orgânica e harmonia dos poderes (presidencialismo), sob o fundamento de que o princípio já não teria a mesma rigidez de antes uma vez que haveria novas formas de relacionamento entre os diversos órgãos.

Outrossim, como consequência das novas responsabilidades sociais e econômicas assumidas pelo Estado e a respectiva consagração de valores materiais na Constituição não se deve conceber uma submissão incondicional do Executivo e do Judiciário à lei, como expressão da preponderância do parlamento. Diante da complexidade da atual sociedade de riscos, a atuação do Executivo não deve restar restrita somente a um programa legal, no qual são enumerados os pressupostos sob os quais deve intervir e são determinas quais medidas devem ser adotadas, uma vez que os perigos dessa sociedade ultrapassam as capacidades analíticas e de prognose para determinação de uma única forma de agir ao Estado.[457] Nessas situações, o Executivo pode se valer de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que não admitem mais uma interpretação normativamente neutra. O Executivo não está submisso e restrito à lei, adquire uma maior liberdade para o desempenho de suas funções com o fim de concretizar os valores consagrados na Constituição.

Enquanto, por um lado, a superação do Estado Legislativo pelo Estado Constitucional implicou em uma maior liberdade para o Executivo intervir de forma eficiente em demandas complexas da sociedade para concretização dos valores materiais, por outro lado, acarretou a ampliação da competência do Poder Judiciário, não mais repetidor da letra da lei. Há uma ampliação da competência do Poder Judiciário, como órgão fiscalizador não só dos atos administrativos produzidos pelo Executivo, mas agora também dos atos legislativos elaborados pelo Parlamento. A atribuição dessa competência para o controle dos atos legislativos decorre da necessidade de garantir os direitos fundamentais em face de quaisquer tipos de agressões, seja em face de um ato administrativo ilegal, seja de um ato legislativo inconstitucional, em um nítido

[457] GRIMM, Dieter. Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechsstaats. In: Die Zukunft der Verfassung. Frankfurt am Main Suhrkamp, 1991, pp. 172 apud HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 174. Segundo GRIMM, a administração constitui "(...) tal grau de complexidade, de dependência da situação e de incerteza, que ela não pode ser captada plenamente pelo pensamento, não podendo, pois, ser determinada de modo conclusivo. Por isso, aqui não funciona mais o tipo clássico de norma de um programa condicional, que enumera nos fatos os pressupostos sob os quais o Estado está justificado a intervir e determina quais medidas ele pode tomar."

aperfeiçoamento das garantias do Estado de Direito.[458] Além disso, a materialização da ordem jurídica no Estado Social importou na adoção da moral como parâmetro de validade, com uma margem maior de liberdade conferida ao Poder Judiciário, na medida em que a sua argumentação jurídica também deve contar com argumentos morais de princípios. Os princípios morais transformam-se em direito positivo nos modernos Estados Constitucionais e exigem uma interpretação construtiva para o caso em concreto, de acordo com o seu contexto e com fundamento em todo o sistema, conferindo a possibilidade de o Judiciário agir orientado para resolução de problemas do presente e do futuro.[459]

Até meados do século XX, inspirada na norma do artigo 94 da Constituição de 1937, que vedava ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas, imperava na doutrina brasileira[460] o entendimento de

[458] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 15- 45; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 38-40; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 13-16; pp. 61-90.

[459] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 304-314. Segundo HABERMAS, a divisão de poderes do Estado Liberal limitava a função jurisdicional através de uma vinculação estrita do Judiciário à lei. Por meio da adoção de uma teoria positivista, a clássica separação de poderes impunha que as decisões judiciais fossem orientadas pelo passado, com base na legislação produzida pelo parlamento, ao passo que as decisões do legislador democrático fossem orientadas para o agir futuro.
Por outro lado, HABERMAS (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 218-221) entende que a moral migra para o direito positivo, sem o caráter de suprapositividade condicionante da validade das normas jurídicas. Portanto, a moral não se contrapõe ao direito, uma vez que se estabelece no próprio direito.

[460] BARBOSA, Rui. O Estado de Sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites. Companhia Impressora, Capital Federal, 1892, pp. 161-164. Segundo Rui Barbosa (BARBOSA, Rui. op. cit., Capital Federal, 1892, pp. 163): “Se o governo se serviu, conveniente ou inconvenientemente, de faculdades que supõem suas, pertence ao Congresso julgar. É a questão política. Se cabem, ou não cabem, ao governo as atribuições, de que ele se serviu, ou se, servindo-se delas, transpôs, ou não, os limites legais, pertence à justiça decidir. É a questão jurídica. O Congresso julga da utilidade. O Supremo Tribunal, da legalidade. O critério do Congresso é a necessidade governativa. O do Supremo Tribunal e o direito escrito. Legalidade e utilidade podem estar em divergência. Direito e necessidade podem contradizer-se. Porque a política, em crises extremas pode considerar-se forçada a violar as barreiras da lei, para satisfazer as exigências da conservação social.”

que a fiscalização judicial se limitava a questões de legalidade, sendo excluídas da análise do Poder Judiciário questões de cunho político e sobre o mérito do ato administrativo (oportunidade e conveniência). Essa doutrina foi reformulada com o advento da Constituição de 1946, de caráter nitidamente social, na qual se previa que a lei não poderia excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (artigo 141, § 4º). Com base na diferença entre atos exclusivamente políticos (referentes a interesses superiores do Estado, da nação ou da sociedade) e atos não exclusivamente políticos ou quase políticos (embora versem sobre interesses superiores do Estado, da nação e da sociedade, afetam direitos individuais), a doutrina passou a admitir apenas o controle judicial de atos não exclusivamente políticos, por acarretar violação a direitos individuais.[461] Com marcante cunho democrático e social, próprio do Estado de Direito Social e Democrático, a Constituição de 1988 previu diversas medidas para o controle judicial de atos políticos, como são a ação civil pública (artigo 129, inciso III), o mandado de injunção (artigo 5º, inciso LXXI), o mandado de segurança coletivo (artigo 5º, inciso LXX), o *habeas data* (artigo 5º, inciso LXXII), a ação popular (artigo 5º LXXIII), dentre outras. Por outro lado, além do controle da legalidade, a Constituição consagrou a possibilidade de fiscalização da moralidade do ato administrativo (artigo 37).[462]

Essa tendência de ampliação das competências do Poder Judiciário implicou no surgimento dos Tribunais Constitucionais no decorrer do Século XX, com a responsabilidade de analisar a compatibilidade do ato normativo estatal com os parâmetros fixados na Lei Fundamental.[463] Com a disseminação do exercício do controle de constitucionalidade pelos Tribunais Constitucionais, o Poder Judiciário passou a ocupar uma posição de maior destaque no cenário político e social. Por sua vez, para o desempenho da função de guardião da

[461] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 248-252; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Editoria Atlas, 19ª Edição, São Paulo, 2006, pp. 711-712.

[462] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 248-252; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Editoria Atlas, 19ª Edição, São Paulo, 2006, pp. 711-712.

[463] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 34-36.

Constituição, são necessários instrumentos interpretativos e de aplicação das normas constitucionais que confiram concretude aos valores decorrentes desse novo Estado de Direito.[464] No Estado de Legalidade Liberal, as normas constitucionais não eram verdadeiras normas jurídicas, dependiam de intermediação do legislador, por isso, a Constituição não necessitava de interpretação. No ordenamento jurídico do Estado da Legalidade prevalecia a lei, composto sobretudo por regras, que deveriam ser aplicadas por silogismo lógico. Através dos métodos tradicionais de interpretação e aplicação do direito, Savigny propunha uma tarefa modesta para o juiz, consistente em trazer para a consciência e representar cientificamente o direito positivo, que tinha origem na legislação.[465]

No moderno Estado de Direito, a normatividade da Constituição impôs o surgimento de um sistema jurídico mais complexo, onde coexistem normas-regras e normas- princípios. Ao Judiciário também incumbe uma função criativa do direito, de forma a desenvolver e a complementar o direito vigente, através de um discurso jurídico racional que confira cientificidade à fundamentação da decisão e adote argumentos legitimadores da legalidade.[466] Os tradicionais métodos de interpretação e a subsunção continuam a ser importantes para conferir segurança ao sistema, precisamente quando se trate de resolução de questões constitucionais através da aplicação de regras jurídicas. Entretanto, não são suficientes para a realização da justiça por meio da aplicação de princípios de conteúdo aberto[467], o que ocorre nos chamados *hard cases*, em

[464] HABERMAS, Jürgen. Luta por reconhecimento no Estado de direito democrático. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 342. Como menciona HABERMAS "Também o direito vigente precisa ser interpretado de uma maneira nova em face de novas necessidades e situações de interesse em contextos modificados."

[465] AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 121- 127.

[466] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 240-247.

[467] HART, Herbert L. A. O Conceito de Direito. 6ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, pp. 169-199; pp. 220; pp. 332; pp. 403-414. Segundo HART, os métodos tradicionais de interpretação não são suficientes para a aplicação de princípios de conteúdo aberto, correspondentes aos valores morais e de justiça. Entretanto, adverte o autor que, embora se trate de norma com textura aberta, há limites ao poder discricionário do intérprete, notadamente os parâmetros objetivos previstos na norma. Isto porque, segundo HART, os valores morais objetivados na

que há colisão de valores envolvidos. A solução demanda necessariamente o uso da ponderação e a argumentação jurídica racional através de novos procedimentos interpretativos, com o compromisso de realização da justiça e da moral, enquanto valores da ordem constitucional.

Dentre outros princípios, a argumentação jurídica constitucional deve ser norteada pela supremacia da constituição, pela presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, pela interpretação conforme à constituição, pela unidade da constituição, pela razoabilidade, pela proporcionalidade e pela efetividade das normas constitucionais. Ao lado dos princípios citados, como princípio constitucional estruturante responsável por determinar a própria essência da Constituição, o princípio da socialidade também deve direcionar a interpretação e a aplicação das normas constitucionais, assumindo relevância na resolução de casos difíceis. A adoção dos princípios mencionados permite ao intérprete superar o legalismo restrito e alcançar decisões mais justas, bem como impõe limites interpretativos ao aplicador da norma, neutralizando o subjetivismo dos sentimentos pessoais e das conveniências políticas, através do dever de motivar o seu convencimento.[468] Embora a liberdade do juiz seja mais ampla, a decisão judicial deve contar com um método científico de fundamentação e deve ser orientada para o aperfeiçoamento do Estado de Direito.

Embora o princípio da separação de poderes tenha sofrido adaptações em decorrência do atual Estado de Direito Social e Democrático, ainda continua a ser técnica fundamental para limitação do poder e garantia dos direitos fundamentais. Para tanto, tem previsão expressa na Constituição Brasileira (artigo 2º), onde, dada sua importância, constitui inclusive cláusula pétrea (artigo 60, §4º, inciso III). A sua garantia e a sua estruturação estão previstas ao longo do texto constitucional, todo o Título IV da Constituição trata da Organização dos Poderes, prevendo as competências e assegurando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como poderes harmônicos e independentes entre si. Dessa forma, a despeito de uma necessária adaptação do princípio da

Constituição não são cartas adaptáveis a todas as situações, de acordo com a vontade do intérprete.

[468] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed. Saraiva, São Paulo, 2006, pp. 151-275.

separação de poderes aos novos valores materiais consagrados nas Constituições modernas e às novas demandas de uma sociedade de riscos, o mesmo continua a ser essencial ao Estado de Direito adotado pela Constituição Brasileira.[469]

[469] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011, pp. 554-559; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 261-284. Conforme ensinamento de JORGE MIRANDA (MIRANDA, Jorge. Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes, Coimbra Editora, Lisboa, 2004, pp. 203-250; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 239- 250), a despeito de questionamentos doutrinários acerca da adaptação do princípio da separação de poderes aos novos valores materiais consagrados nas Constituições modernas, o mesmo continua a ser essencial ao Estado de Direito. Segundo JORGE MIRANDA, o princípio da separação de poderes seria caracterizado pelos seguintes moldes: pluralidade de órgãos de função política, primado da competência legislativa do Parlamento enquanto assembleia representativa, independência dos tribunais e sua reserva de jurisdição, mecanismos de controle interorgânico e intraorgânico de mérito ou legalidade e constitucionalidade, divisão pessoal de poder (incompatibilidade de exercício de cargos públicos), divisão temporal (fixação de tempo para exercício de cargos e limites para sua renovação) e divisão territorial ou vertical (federalismo, regionalismo ou descentralização administrativa).

CAPÍTULO V – O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E A FUNDAMENTALIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

1- FUNDAMENTALIDADE MATERIAL E FORMAL

Como grande parte das normas constitucionais que consubstanciam o princípio da socialidade na Constituição Federal são classificadas pela doutrina com a natureza de normas programáticas, a concretização dos valores do Estado Social depende fundamentalmente da relevância jurídica que se deva conferir aos direitos sociais para a ordem constitucional. Os direitos fundamentais possuem uma importância primordial para a concretização dos princípios estruturantes, assim como não se pode pensar em um Estado de Direito sem proteção jurídica, também não se pode conceber um Estado Social de Direito sem uma rede de segurança social.[470]

A constitucionalização dos direitos sociais no início do Século XX conferiu-lhes o *status* de jusfundamentalidade, ao lado dos tradicionais direitos de liberdade, os garantindo contra possíveis violações praticadas pelos poderes constituídos. Embora tenham sido consagrados no texto constitucional de diversas nações e considerados como primordiais para a concretização da nova concepção de Estado de Direito, os direitos socias não foram dotados de uma relevância jusfundamental, principalmente quando comparados com os direitos de liberdade.

Como as normas constitucionais não passavam de meros compromissos políticos, inicialmente não houve quem pregasse uma distinção substancial entre as duas categorias de direitos, na medida em que prevalecia o entendimento de que somente após a intermediação legislativa podiam ser exigíveis. No entanto, com a teoria da força normativa da Constituição, após o segundo pós-guerra, conferiu-se uma vinculatividade jurídica aos direitos fundamentais. Com isso, nas Constituições que consagraram direitos sociais, surgiram indagações sobre a sua relevância jurídica, desde a consideração como autêntico direito

[470] SCHNEIDER, Hans- Peter. Los Derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático. Ed. Nueva Época, Revista de Estudios Políticos nº 7, 1979, pp. 23. Como menciona o autor, a efetivação dos princípios estruturantes seria uma função estrutural dos direitos fundamentais.

fundamental até a de que seriam simples objetivos ou programas da política social e econômica.[471]

A discussão sobre a vinculatividade jurídica dos direitos sociais teve origem na doutrina alemã e, embora a atual Constituição Alemã não consagre expressamente direitos sociais, teve repercussão na doutrina e na jurisprudência de Constituições que consagram expressamente esses direitos. Registre-se, entretanto, que a transferência acrítica dos ensinamentos da doutrina alemã para realidades onde estejam proclamados direitos sociais na Constituição, provoca um descompromisso com o programa constitucional. Em que pese seja valorosa a experiência germânica, seus ensinamentos devem ser compatibilizados com uma Constituição que consagre direitos sociais expressamente como fundamentais.[472]

Na falta de direitos sociais expressos na Constituição, parte da doutrina alemã entendia pela inexistência de fundamentalidade desses direitos, os extraindo de forma excepcional de princípios constitucionais, como o princípio do Estado Social, da dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade. Como não eram verdadeiros direitos fundamentais, mas meras normas programáticas dependentes da intervenção legislativa, não se admitia qualquer vinculatividade jurídica, salvo para a garantia de um direito originário a um mínimo existencial pela desatenção grosseira do dever de legislar. [473] Outra parcela doutrinária germânica fundamentava a existência de direitos sociais como fundamentais, que decorreriam indiretamente de normas constitucionais que consagravam os direitos de liberdade, como forma de se reconhecer

---

[471] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 65-86.

[472] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 65-86.

[473] BREUER, Rüdiger. Grundrechte als Anspruchsnormen. In: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts (FS für das BVerwG). München: CH Beck, 1978 pp. 89 e ss. *apud* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 80; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. NJW, Vol. 27, 35, München, 1974, pp. 1529-1538 *apud* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 80; STARCK, Christian. Die Grundrechte des Grundgesetzes. Jus, 1981, pp. 237 e ss. *apud* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 80.

deveres ao Estado de garantia de condições fáticas para o exercício da liberdade, caso em que somente seria garantido o direito originário a um mínimo social.[474]

Para além da garantia do mínimo social como direito fundamental originário, a doutrina alemã adotou mecanismos para proteção de direitos sociais previstos em lei, os denominados direitos derivados a prestação. Nesse sentido, como forma de assegurar a dimensão prestacional, se adotava o princípio da igualdade para se atribuir idêntica prestação, por outro lado, na perspectiva de defesa, fundava-se em uma proibição do retrocesso social para se impedir a afetação de conquistas adquiridas.[475]

Portanto, quando haja consagração expressa dos direitos sociais na Constituição como fundamentais, não há sentido para que a doutrina se esforce em justificar sua fundamentalidade, muito menos para se assegurar um direito originário a um mínimo social ou para proteção de direitos derivados a prestações sociais.[476] Diferentemente da realidade jurídico- constitucional germânica, os direitos sociais não são meros pressupostos materiais para a realização da liberdade. Essa tentativa de se conferir alguma efetividade às prestações materiais, em países que não reconhecem direitos sociais em suas Constituições, vinculando a satisfação plena do direito de liberdade a condições materiais, acaba por reduzir a relevância jusfundamental dos direitos sociais em Constituições que os consagrem expressamente.[477] Dessa forma, não se pode concordar com parte da doutrina brasileira[478] que tende a caracterizar os direitos sociais como simples condição para o exercício da liberdade.

---

[474] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 80.
[475] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 65-86.
[476] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 65-86.
[477] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 181-188.
[478] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 232; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. Revista Quaestio Iuris da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015, pp. 2080-2114. Segundo PEREIRA (PEREIRA, op. cit., 2015, pp. 2080-2114): "Os direitos sociais, nesse prisma, operam como mecanismos de promoção de condições de exercício das liberdades clássicas e dos direitos políticos. A ideia subjacente é a de que,

Pela importância jusfundamental dos direitos sociais, não podem ser considerados mera condição ou instrumento para o exercício do direito de liberdade. Há uma relação de complementaridade e de mútua influência entre as duas categorias de direitos, com a perspectiva de garantia da dignidade da pessoa humana em sua integralidade no atual Estado de Direito Social e Democrático.[479] Na lição de JORGE MIRANDA[480], os direitos de liberdade seriam direitos de libertação do poder e, simultaneamente, direitos à proteção do poder contra outros poderes; enquanto os direitos sociais seriam direitos de libertação da necessidade e, ao mesmo tempo, direitos de promoção. Constitui objetivo do primeiro a limitação jurídica do poder e do segundo a organização da solidariedade, ambos se complementam e se integram no sistema jurídico-constitucional.

Assim como os direitos de liberdade, quando os direitos sociais estejam expressamente previstos na Constituição, a fundamentalidade engloba tanto o aspecto formal como o material, uma vez que a garantia da posição jurídica na Constituição faz com que esta seja retirada da esfera de disponibilidade dos Poderes Constituídos. Em sendo assim, a simples inclusão do direito social no texto constitucional já acarreta a presunção de que se trata de um direito fundamental, não só sob o aspecto formal, mas também material, como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana.[481]

---

sem um padrão mínimo de subsistência, não se pode fazer escolhas, seja na esfera privada, seja no campo político."

[479] PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1979, n. Extra 2, p. 39-50. Segundo PECES- BARBA "todos os direitos que se reclamam prioritariamente da liberdade ou da igualdade são direitos de liberdade que pretendem em última instância, de uma forma ou de outra, utilizando uma ou outra técnica jurídica, facilitar e tornar possível o desenvolvimento integral da pessoa e o exercício efetivo e real da sua dignidade."

[480] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 100-102; MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social. In: Conferência no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, proferida em Belo Horizonte. Disponível no seguinte endereço eletrônico: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>, em 28 de setembro de 2011, pp. 1-18; MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais – Introdução Geral, Lisboa, 1999, pp. 58-73.

[481] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 88-92; PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 7ª ed. Saraiva, São Paulo, 2007, pp183; SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 6ª ed. Malheiros, São Paulo, 2002, pp. 151; MEIRELES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais – Os

Vale ressaltar ainda que mesmo os direitos sociais não expressamente previstos na Constituição podem constituir direito fundamental e norma materialmente constitucional, desde que consagrem valores fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana (artigo 5º, § 2º).[482] A fundamentalidade material importa em considerar a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos sociais, mesmo que não expressamente previstos no texto constitucional.[483]

Embora os direitos sociais tenham adquirido a natureza formal e material de direitos fundamentais através da consagração no texto constitucional, ainda existe na doutrina nacional quem lhes negue essa característica em sua plenitude, principalmente por meio de uma comparação com os tradicionais direitos de liberdade.[484] A base dessa doutrina tende a analisar o direito fundamental como um todo, para identificar o direito social como um direito

---

direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Editora juspodivm, Salvador, 2008, pp. 92-97.

[482] AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 583-633; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 92-96; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. Revista Quaestio Iuris da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015, pp. 2080-2114.

[483] NOVAIS, Jorge Reis. Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade. Editora Almedina, Coimbra, 2016, pp. 35-61; BARROSO. Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013, pp. 111-112; TIBURCIO, Carmen & BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Internacional. Editora Renovar, Rio de Janeiro, 2013, pp. 85-109.

[484] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro 42, Rio de Janeiro, 1990, pp.69-78; VIANA, Rui Geraldo Camargo. Direito à moradia. Revista de Direito Privado nº 2, São Paulo, 2000, pp. 9-16. No âmbito da doutrina brasileira, Ricardo Lobo Torres refuta expressamente a natureza jusfundamental dos direitos sociais. Segundo TORRES (TORRES, op. cit., 1990, pp.69-78) "(...) Estremam-se da problemática do mínimo existencial os direitos econômicos (arts. 174 a 179 da CF de 1988) e sociais (arts. 62 e 72), que se distinguem dos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do status negativus, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia erga omnes e se subordinam à idéia de justiça social.(...) Vê-se, pois, que, se a emergência dos direitos sociais modificou a equação liberdade/igualdade e deu novo colorido à temática da justiça social, nem por isso transferiu a lógica e as garantias dos direitos da liberdade para os sociais, nem metamorfoseou os direitos sociais em autênticos direitos fundamentais."

positivo e o direito de liberdade como um direito negativo. O objeto do direito social seria o acesso individual aos bens sociais, econômicos ou culturais, no qual a existência de recursos é essencial para sua fruição, na medida em que, quando o indivíduo não disponha de recursos suficientes, cabe ao Estado custear a prestação material necessária. Portanto, a distinção principal entre as duas espécies de direito como um todo sempre remete à indeterminação do conteúdo constitucional dos direitos sociais, à necessidade de recursos e à competência para decidir onde serão alocados. No entanto, como será analisado, essas diferenças subjacentes ao direito fundamental como um todo perdem relevância quando analisada a posição jurídica subjetiva assegurada pelo dispositivo constitucional de direito fundamental.

2- OS DIREITOS SOCIAIS COMO TRUNFOS CONTRA A MAIORIA

Em consonância com a ideia de trunfos contra a maioria e o seu caráter jusfundamental, pode-se concluir que a norma constitucional de direito social garante uma posição jurídica individual em face da atuação dos poderes constituídos. Mesmo que a atuação estatal tenha como fundamento o princípio democrático, como expressão da vontade da maioria, em um Estado de Direito não se pode admitir que o legislador democrático afete injustificadamente o direito fundamental social garantido pela Constituição.

A concepção de trunfos contra a maioria é atribuída à DWORKIN[485], segundo a qual os direitos fundamentais seriam trunfos, que não poderiam ser afetados pelo Estado sob o fundamento de se estar cumprindo um fim público.

[485] DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo, 1999, pp. 455-456; p. 474; DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo, 2011, pp. 208-209. Segundo SARLET (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, p. 47), embora a expressão trunfos contra a maioria tenha sido cunhada por DWORKIN, a ideia de que existem direitos resistentes à maioria já havia sido defendida pelos iluministas. Segundo a doutrina iluminista haveria direitos inatos ao ser humano que o Estado se limitaria a reconhecê-los por meio do contrato social. Hobbes já defendia que existiriam direitos individuais inalienáveis, os quais caberia ao Estado respeitá-los e defendê-los. Da mesma forma, Locke preconizava que o poder estatal estaria limitado pelos direitos dos cidadãos.

Os direitos fundamentais (*principles*) seriam embasados em direitos morais que o indivíduo possui em face da maioria, não poderiam ser restringidos por políticas públicas (*polices*). A ideia de trunfos pressupõe um núcleo indisponível, presente nos direitos fundamentais e extraído diretamente da dignidade da pessoa humana, bem como a existência de um órgão independente e imparcial, responsável por fiscalizar o ato do Poder Público que restrinja o direito fundamental.

Além dos óbices apontados quanto à concepção de trunfos contra a maioria em relação aos direitos fundamentais[486], especificamente quanto aos direitos sociais há doutrina[487] que sustenta ainda dois obstáculos para a

---

[486] WALDRON, Jeremy. The core of the case against Judicial Review. In: The Yale Law Journal, 2006, p. 1406. Segundo WALDRON: *"Disagreement about rights is not unreasonable, and people can disagree about rights while still taking rights seriously. In these circumstances, they need to adopt procedures for resolving their disagreements that respect the voices and opinions of the persons—in their millions—whose rights are at stake in these disagreements and treat them as equals in the process. At the same time, they must ensure that these procedures address, in a responsible and deliberative fashion, the tough and complex issues that rights-disagreements raise. Ordinary legislative procedures can do this, I have argued, and an additional layer of final review by courts adds little to the process except a rather insulting form of disenfranchisement and a legalistic obfuscation of the moral issues at stake in our disagreements about rights*".

Em discordância, menciona REIS NOVAIS (NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 143-147; NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Tribunal Constitucional – resposta aos críticos. Editora Almedina, Coimbra, 2014, pp. 100-110) que a teoria da autoridade de WALDRON não confere uma proteção integral aos direitos fundamentais, já que defende que o desacordo sobre o alcance e o conteúdo desses direitos deve ser resolvido pela maioria. Ao contrário do defendido por Waldron, não se trata de se determinar de forma democrática o conteúdo e o alcance da norma de direito fundamental, mas sim de analisar se o ato do Poder Público que afeta um direito fundamental é legítimo ou não. Embora possa haver algum desacordo político sobre alguma questão divergente na comunidade, quando este desacordo envolve a análise de normas de direitos fundamentais deixa de ser meramente político e passa a ser também jurídico. Como o Tribunal é o órgão independente e imparcial responsável pela interpretação última das normas constitucionais, deve ser atribuída a ele a competência para decidir sobre a legitimidade da restrição ao direito fundamental.

Conforme ensina REIS NOVAIS, a independência e a imparcialidade deixariam de existir caso a última palavra sobre a legitimidade de uma restrição a um direito fundamental fosse da competência do legislador democrático, na medida em que, em regra, são os representantes da maioria os responsáveis pelos atos que violam tais direitos. Assim sendo, menciona o autor que não faz qualquer sentido atribuir ao órgão responsável pela restrição a incumbência de fiscalizar a sua legitimidade, somente um órgão Judicial independente e imparcial garante os direitos fundamentais em face de agressões injustas do Estado.

[487] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights – Why liberty depends on taxes. W.W. Norton & Company, New York and London, 1999, pp. 99 e ss e 118 e ss

consideração dos direitos socias como trunfos contra a maioria. O primeiro seria de índole política, uma vez que a concepção de trunfos contra a maioria poderia estimular um caráter individualista, inviabilizando o objetivo emancipatório ou comunitário dos direitos sociais. Tanto como sinônimo de emancipação de classes sociais excluídas (objetivo emancipatório), como compreendido como fator de cooperação e integração social para que seja assegurada a participação democrática e a estabilidade social (versão comunitária), o projeto político dos direitos sociais deveria ser norteado pela participação política e integração social coletivamente partilhada, em nítido contraste com um caráter individualista. Assim sendo, os direitos sociais não poderiam ser opostos em face da maioria, de cuja vontade dependeria sua realização, bem como não poderia ensejar a reivindicação individual de um direito, em divergência com o projeto coletivo de garantia de uma prestação material social para os mais necessitados.

O segundo obstáculo seria dogmático, consistente na própria natureza dos direitos sociais, enquanto direitos dependentes de recursos financeiros e da intermediação do legislador democrático, portanto, dependentes das decisões políticas da maioria. Com esse argumento, pretende-se concluir que a ideia de trunfos contra a maioria seria contraditória com a própria natureza do direito social, na medida em que a maioria estaria impedida de conformar o projeto político constitucional traçado para os direitos sociais, permitindo que o Poder Judiciário detivesse a última palavra a respeito da questão.[488]

---

apud NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 319-331; TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.55-68 *apud* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 319-331.

[488] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights – Why liberty depends on taxes. W.W. Norton & Company, New York and London, 1999, pp. 99 e ss e 118 e ss *apud* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 319-331; TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.55-68 *apud* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 319-331.

O óbice político encerra uma discussão política que não pode influenciar a concepção jurídica dos direitos fundamentais. A questão política tem grande importância para definição do papel dos direitos sociais, principalmente no momento da elaboração da Constituição pelo Poder Constituinte, entretanto, quando consagrado expressamente o direito social como fundamental, este passa a ser dotado de um *status* jurídico jusfundamental. Diante da força normativa constitucional e da natureza jusfundamental, as normas de direitos sociais devem ser observadas por todos os poderes constituídos, incluindo o legislador democrático. Por sua vez, tratando-se de norma jurídica em um Estado de Direito, incumbe ao Poder Judiciário fiscalizar o descumprimento das normas constitucionais que garantem uma posição jurídica individualizada referente ao direito social.[489]

No tocante ao óbice dogmático, os direitos de liberdade padecem de idêntica contradição aparente. Embora constitua uma posição jurídica subjetiva garantida em face da maioria, não se questiona a possibilidade de o legislador democrático restringir o direito fundamental de liberdade. Portanto, a concepção de trunfos contra a maioria não se opõe à eventual restrição legítima ao direito fundamental, no entanto, não se pode tolerar a afetação ao direito fundamental sem qualquer justificativa legítima, principalmente quando baseada exclusivamente no argumento de que se trata de imposição da vontade da maioria. Outrossim, em qualquer caso, em um Estado de Direito, a análise da constitucionalidade de uma restrição imposta pelo legislador democrático incumbe ao órgão judicial. Em consequência, cumprindo com a ideia de trunfos contra a maioria, os direitos fundamentais representariam limitações jurídicas aos poderes constituídos.[490]

Por outro lado, em que pese o direito social possuir um viés emancipatório e de integração comunitária, com vistas a garantir a participação democrática e a estabilização social, não se pode desconsiderar que os direitos constituem uma

[489] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 319-331.
[490] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 319-331. Segundo o autor, essa aparente contradição reflete a tensão existente entre o princípio do Estado de Direito e o princípio democrático ou, de outro ponto, entre os direitos fundamentais e a maioria.

pretensão individualmente exercida. Com a função histórica e específica de garantir uma faculdade ou pretensão em face do Estado, não se pode impedir que os direitos sociais deixem de ser exigidos individualmente.[491]

Não obstante, a concepção de trunfos contra a maioria teria um alcance dogmático distinto em relação aos direitos sociais, quando comparados com os direitos de liberdade. Isto porque, na principal dimensão, os direitos sociais estão sujeitos às opções políticas e orçamentárias da maioria, portanto, estas constituem justificativas legítimas para a restrição ou omissão na efetivação do direito social e ocasionam uma fiscalização judicial mais débil. Portanto, a convivência entre os direitos sociais na sua principal dimensão, enquanto trunfos, seria mais amistosa em relação à maioria, na medida em que os direitos de liberdade na sua principal dimensão teriam uma tendência natural a repelir qualquer ato da maioria.[492]

Em que pese essa maior relação de dependência dos direitos sociais na sua principal dimensão em relação ao legislador democrático, a concepção de trunfos contra a maioria também deve ser aplicada aos direitos sociais. Isto porque, quando o Poder Constituinte decidiu por prever os direitos sociais como fundamentais, automaticamente lhes foi conferida a natureza jurídica de garantia constitucional em face dos Poderes Constituídos, por isso, não se pode pretender retirar a relevância formal e material que possuem como instrumento para a concretização de aspectos da dignidade da pessoa humana. Em sendo assim, em um Estado de Direito, os atos ou omissões do legislador democrático que afetem um direito social devem ser submetidos ao crivo do Judiciário para que seja avaliada a sua legitimidade.[493]

---

[491] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 319-331.

[492] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 319-331.

[493] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 319-331; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 37-64; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. In: Direitos Humanos e Democracia. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, pp. 79- 113; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167; pp. 353-366. Segundo BONAVIDES, a evolução do Estado Social programático para o Estado Social dos

Embora haja uma íntima conexão entre o Estado Social e a democracia, essa liberdade conferida à maioria eleita não pode ser entendida como a liberdade de fazer qualquer coisa, caso contrário os direitos sociais previstos na Constituição perderiam seu caráter de fundamentalidade e, pior, perderia sentido a previsão do princípio da socialidade como princípio estruturante da própria Constituição Brasileira. Como resultado, as normas de direitos sociais passam a gozar de uma relevância jurídica constitucional que impõe a inconstitucionalidade dos atos e omissões do Poder Público que lhes sejam contrários.[494]

A previsão do princípio da socialidade na Constituição Brasileira deve ser levada a sério para se considerar os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, atribuindo uma importância que, ao mesmo tempo, legitima e limita a atuação do Poder Público. Isto quer dizer que na relação jurídica entre Estado e cidadão, a maioria democrática deterá certa liberdade de decisão sobre a concretização do direito social, entretanto, diante de margens constitucionalmente definidas, deve-se reconhecer uma posição subjetiva ao indivíduo de fazer valer a sua pretensão e o respectivo poder do juiz de anular as opções políticas que sejam contrárias à diretriz jurídica traçada pela norma constitucional.

3- OS DIREITOS SOCIAIS COMO LIMITES PARA A REVISÃO CONSTITUCIONAL

direitos fundamentais impõe que os direitos sociais sejam considerados como autênticos direitos fundamentais, com idêntica eficácia aos direitos de liberdade. O mero argumento de se tratar de norma programática não deve servir de justificativa para retirar a eficácia do direito social, enquanto direito fundamental garantidor da dignidade da pessoa humana.

[494] NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 291-312. Segundo REIS NOVAIS, os próprios direitos de liberdade, concebidos sob a égide do Estado Liberal, em virtude do princípio da socialidade passam a ganhar novo significado. Ademais, o direito social pode servir como justificativa para embasar uma restrição ao direito de liberdade quando intimamente conectado à dignidade da pessoa humana, o que demonstra sua importância material para a ordem constitucional.

Ainda como decorrência da natureza jusfundamental, deve ser assegurada uma eficácia protetiva aos direitos sociais em face de alterações empreendidas pelo Poder Constituinte Derivado, com embasamento no artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição Brasileira, que prevê que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir *"os direitos e garantias individuais"*.

A partir de uma interpretação literal do dispositivo constitucional, uma doutrina minoritária[495] sustenta que apenas os direitos e garantias individuais, previstos no artigo 5º, estariam consagrados como cláusulas pétreas e, com isso, protegidos em face de modificações promovidas pelo Poder Constituinte Derivado. Consequentemente, os direitos sociais poderiam ser suprimidos do texto Constitucional, sem que o Poder Constituinte Derivado incidisse em qualquer inconstitucionalidade.

No âmbito da Constituição Alemã, em que os direitos fundamentais não foram sequer inseridos no rol das cláusulas pétreas (artigo 79, inciso III), entende-se que os mesmos estariam mediatamente protegidos em face de reformas constitucionais por força do princípio da dignidade da pessoa humana e do reconhecimento dos direitos humanos pelo povo alemão (artigo 1º, inciso I e II). Dessa forma, a doutrina alemã dominante[496] entende que a limitação imposta ao poder de reforma está diretamente atrelada à ligação do direito fundamental com a dignidade da pessoa humana, como expressão de garantia de um núcleo material intangível. Essa garantia conferida aos direitos fundamentais também decorreria da consagração do Estado Democrático e Social de Direito como cláusula pétrea na Constituição.

No ordenamento jurídico constitucional Português também não há previsão expressa na Constituição de garantia de direitos econômicos, sociais e culturais em face de revisões constitucionais. Segundo CANOTILHO[497], o

---

[495] MAGANO, Octavio Bueno. Revisão Constitucional. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 7, 1994, pp. 110-111.

[496] STERN, Klaus. Der Staat des Grundgesetzes. Ausgewählte Schriften und Vorträge. Editor Carl Heymann, Köln- Berlin-Bonn- München, 1992, pp. 269-292 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 435.

[497] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 345. No mesmo sentido é a posição de JORGE MIRANDA (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos

princípio democrático, assim como o princípio da democracia econômica, social e cultural, não estão previstos explicitamente no artigo 288 da Constituição Portuguesa, como limites contra revisão constitucional. Entretanto, não se discute que a dimensão política do princípio democrático e a dimensão econômica e social do princípio democrático sejam limites materiais de revisão, consagrados nas alíneas 'd', 'h' e 'i' (dimensão política) e alíneas 'e', 'f' e 'g' (dimensão econômica e social). Como são resultado da concretização do princípio da democracia econômica, social e cultural, os direitos sociais, econômicos e culturais não podem sofrer revisão constitucional.

Como a Constituição Brasileira previu o mesmo regime jurídico aplicável aos direitos de liberdade e aos direitos sociais (artigo 5º, §1º) e como ambos são expressão da dignidade da pessoa humana, não faria sentido deixar de incluir os direitos sociais como limites materiais de revisão constitucional. Por outro lado, qualquer interpretação literal e restritiva do artigo 60, § 4º, inciso IV da Constituição também acabaria por excluir os direitos políticos e os direitos de nacionalidade do âmbito de proteção da norma, uma vez que igualmente não estão previstos no artigo 5º. Essa conclusão violaria diretamente a consagração do Estado de Direito Social e Democrático e a consideração de que os princípios da socialidade e o democrático são princípios estruturantes da Constituição Brasileira.

Dessa forma, deve haver uma interpretação sistemática do artigo 60, §4º, inciso IV, com o preâmbulo da Constituição, que assegura o exercício dos direitos sociais, a igualdade e a justiça, bem como com o artigo 1º, incisos I a III e o artigo 3º, incisos I, III e IV, que consagram os princípios que consubstanciam o Estado de Direito Social e Democrático. Como o princípio do Estado Social e os direitos sociais seriam elementos essenciais da Constituição, estes últimos como reflexo da dignidade da pessoa humana, mesmo que não constantes expressamente do rol das cláusulas pétreas (artigo 60, §4º), seriam considerados limites materiais implícitos à reforma constitucional. Assim, os

Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 404), sob o fundamento de que seria um limite material implícito.

direitos sociais, de nacionalidade e políticos estão inseridos no dispositivo do artigo 60, §4º, inciso IV, na expressão “direitos e garantias individuais”.[498]

Portanto, não se pode excluir os direitos sociais dos limites materiais de revisão constitucional, seja como limite implícito à reforma constitucional seja através de sua inserção na expressão “direitos e garantias individuais”. Entender de forma contrária resultaria na possibilidade de supressão do texto constitucional dos direitos sociais e da mitigação do princípio estruturante do Estado Social, com a consequente aniquilação da própria identidade constitucional.

Isso não implica uma absoluta intangibilidade do direito fundamental em face de alterações preconizadas pelo Poder Constituinte Derivado. Aos direitos fundamentais se aplicaria a tese da preservação do seu núcleo essencial em face de restrições impostas pelo Poder Constituinte Derivado, que deve ser aferida a luz do caso concreto, de acordo com a maior proximidade do direito com a dignidade da pessoa humana.[499]

Nos próximos tópicos serão enfrentados os principais argumentos para desconsiderar os direitos sociais como verdadeiros direitos fundamentais, notadamente a indeterminação do conteúdo, a necessidade de recursos para a sua concretização e a intermediação legislativa como condição para a plena eficácia da norma.

4- A NORMA DE DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL

[498] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 428-434. No mesmo sentido: LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira. Ed. RT, São Paulo, 1993, pp. 183 e ss; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2009, pp. 258-259.

[499] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 428-434. Nesse sentido, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – ADI nº 2024/DF.
Ao analisar a Constituição Portuguesa, JORGE MIRANDA (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 404) defende que as leis de revisão devem respeitar o conteúdo essencial dos direitos fundamentais (tanto de liberdade como sociais) ou, em uma perspectiva mais mitigada, o conteúdo essencial do sistema desses direitos. Nesta última perspectiva, seria possível diminuir o elenco de direitos ou o conteúdo essencial de qualquer um deles, desde que não ficasse afetado o sistema global.

De acordo com o ordenamento jurídico- constitucional, as normas de direitos sociais podem ser entendidas como princípios políticos, como normas programáticas, como normas indicadoras dos fins do Estado, como princípios jurídicos, como normas organizatórias, como garantias institucionais ou como direitos subjetivos públicos.[500]

Sintetizando as diversas teses teórico- normativas no âmbito da doutrina alemã, ALEXY[501] informa que podem ser distinguidas com base em três critérios. O primeiro critério trata de classificar em normas que garantem direitos subjetivos ou normas que obriguem o Estado de forma objetiva. O segundo critério seria considerar as normas como vinculantes ou não- vinculantes, entendidas como vinculantes as normas que permitissem a análise de sua violação pelo Tribunal Constitucional. As normas programáticas seriam normas não vinculantes e sua violação não poderia ser aferida pela Tribunal. Por fim, o terceiro critério diz respeito à possibilidade de a norma embasar direitos e deveres definitivos ou *prima facie*, correspondente à classificação em regras e princípios.

Na vigência da Constituição de *Weimar*, SCHMITT [502] contestava a natureza jusfundamental dos direitos sociais, embora estivessem consagrados constitucionalmente. Argumentava que somente os direitos de liberdade do indivíduo, anteriores e superiores ao Estado, seriam reconhecidos por este e teriam a natureza jusfundamental. Os direitos a prestações do Estado seriam meros postulados programáticos, já que não poderiam ser acionáveis

[500] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 358-363; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 474-476. CANOTILHO (CANOTILHO, op. cit., 2003, pp. 474-476) menciona que, de acordo com a perspectiva jurídico-constitucional, os direitos sociais podem ser conformados juridicamente como normas programáticas, como normas de organização, como garantias constitucionais ou como direitos subjetivos públicos.

[501] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 409-503.

[502] SCHMITT, Carl. Teoría de la constitución. Editorial Nacional, México, 1966, pp. 189-196 *apud* CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 171.

judicialmente e seriam dependentes da atuação do legislador, portanto, não deteriam a mesma natureza jusfundamental dos direitos de liberdade.

Seguindo os ensinamentos de Carl Schmitt, já na Constituição de *Bona*, FORSTHOFF[503] questionava a possibilidade dos princípios do Estado de Direito e do Estado Social se fundirem na Constituição, concluindo que a previsão do Estado Social na Constituição não implicava na fusão dos dois conceitos a nível constitucional. Segundo o autor, a Constituição de um Estado de Direito é necessariamente garantista, no sentido de assegurar a liberdade em face de intromissões estatais, portanto, não se pode garantir um plano ou um programa, mas apenas aquilo que já exista. Como o Estado Social não tem o objetivo de limitar o poder estatal, mas justificar a sua atuação na esfera econômica e social para correção das desigualdades sociais, as prestações positivas devem ser reservadas à lei, com isso, os direitos sociais seriam meros princípios programáticos, que nada garantem de concreto. Os direitos de liberdade seriam imediatamente aplicáveis, ao passo que os direitos sociais somente poderiam ser imediatamente aplicáveis quando fossem determinados com precisão qual seria a obrigação do Estado e qual órgão teria essa incumbência. Entretanto, esse grau de determinação do direito social não poderia estar regulamentado na constituição, uma vez que as normas constitucionais não poderiam ser leis sociais, regulamentadoras de casos específicos, mas necessariamente gerais.

FORSTHOFF[504] adverte que a tentativa de inserir elementos sociais na anterior Constituição de *Weimar* não foi bem sucedida, uma vez que, enquanto

---

[503] FORSTHOFF, Ernst. Stato di diritto in trasformazione. Giuffré Editore, Milano, 1973, pp. 32 -66; FORSTHOFF, Ernst. La Repubblica Federale Tedesca come Stato di diritto e Stato sociale. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Anno VI, 1956, pp. 551-559 *apud* CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 171-175.

[504] FORSTHOFF, Ernst. Stato di diritto in trasformazione. Giuffré Editore, Milano, 1973, pp. 32 -66; FORSTHOFF, Ernst. La Repubblica Federale Tedesca come Stato di diritto e Stato sociale. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Anno VI, 1956, pp. 551-559 *apud* CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 171-175.
Segundo FORSTHOFF (FORSTHOFF, Ernst. La Repubblica Federale Tedesca come Stato di diritto e Stato sociale. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Anno VI, 1956, pp. 559): “O destino das normas constitucionais é digno de nota (...) Dirigidas ao legislador, permanecem inexequíveis e inaplicáveis, isto é, disposições programáticas e não vinculativas enquanto os direitos fundamentais clássicos cumpriram plenamente a sua função de garantia.”

os direitos fundamentais clássicos de liberdade cumpriram sua função de garantia, os direitos sociais permaneceram inexequíveis e inaplicáveis, como normas programáticas dependentes da atuação do legislador. A exigência da igualdade assegurada pelo Estado Social, caso prevista constitucionalmente, poderia aniquilar a própria função protetora dos direitos fundamentais de liberdade clássicos, por isso, diante dessa tensão, não seria recomendável a consagração de direitos sociais na Constituição. Portanto, o reconhecimento do Estado Social na Constituição de *Bona* não representa alteração estrutural do Estado de Direito, uma vez que remete ao legislador a tarefa de implementá-lo, importando somente na recusa de uma interpretação extremamente individualista dos direitos fundamentais e a obrigação de escolher interpretações da lei que melhor atendam às necessidades sociais. Consequentemente, os elementos do Estado Social, dependentes da atuação do legislador e da Administração, estariam condicionados, do ponto de vista jurídico- formal, ao Estado de Direito.

Por sua vez, BÖCKENFÖRDE[505] leciona que as normas de direitos sociais seriam comandos jurídicos objetivos. Como se trata de um dever imposto ao Estado, não seria possível determinar um titular do direito e, consequentemente, um direito subjetivo. O legislador estaria vinculado quanto ao fim da norma constitucional, estaria proibido de não atuar e de não atingir de forma evidente o fim da norma, como também não poderia adotar medidas legislativas que configurassem um retrocesso social. Caso o legislador deixasse de cumprir estes deveres, surgiria um direito subjetivo de exigir que cessasse a atuação arbitrária estatal. Sob o fundamento de que o não cumprimento dos

[505] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge". In BÖCKENFÖRDE; JEKEWITZ, RAMM (org.). Soziale Grundrechte. Heildelberg, 1981, pp. 12 e ss. *apud* PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 363-392. PULIDO (PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 363-392) critica essa posição e adota entendimento semelhante ao adotado por Alexy. Segundo PULIDO, não se pode desconsiderar que a verdadeira discussão seria em torno do direito social na sua dimensão positiva, bem como de que nem sempre a inatividade estatal ou a supressão de medida já implementada podem ser caracterizadas como arbitrárias, principalmente quando objetivarem a garantia de outro direito ou valor digno de proteção.

deveres impostos ao legislador seria uma atuação arbitrária, BÖCKENFÖRDE entende que essa conduta estatal viola o direito social na sua dimensão negativa.

Adotando a tese de que as normas de direitos fundamentais sociais seriam deveres objetivos *prima facie* vinculantes, HESSE[506] entende que as normas de direitos fundamentais sociais seriam normas de determinação de objetivos estatais, que criariam uma obrigação positiva para o legislador de adotar todos os esforços possíveis para realizar os direitos fundamentais sociais, que não corresponde a um direito subjetivo para o indivíduo perseguir judicialmente. No mesmo sentido, HÄBERLE [507] defende que os direitos fundamentais prestacionais traduziriam- se em meros deveres objetivos do Estado, sem corresponder a direitos subjetivos.

Analisando a decisão do Tribunal Constitucional Alemão sobre a primeira decisão *numerus clausus,* MUTIUS [508] classifica o direito de participação originário discutido como sendo uma pretensão constitucional à prestação, decorrente de um enunciado programático e, com isso, caracterizada como *leges imperfecta*. Dessa forma, a norma de direito social seria um direito subjetivo definitivo não- vinculante.

Já ALEXY[509] defende que as normas de direitos fundamentais sociais importariam em um direito subjetivo *prima facie* vinculante e um correspondente dever jurídico *prima facie* objetivo vinculante. A partir do julgamento pelo Tribunal

---

[506] HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 170-172; HESSE, Konrad. Grundrechte: Bestand und Bedeutung. Hans-Jochen Vogel (org.), Handbuch des Verfassungrechts, Berlin, 1983, pp. 95 *apud* ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 501. Segundo HESSE (HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 170-171), "Ao fim e ao cabo, direitos sociais mal se diferenciam, por isso, de determinações de objetivos estatais, isto é, normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura."

[507] HÄBERLE, Peter. Grundrechte im Leistungsstaat. VVDStRL 30, 1972, pp. 108 *apud* ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 517.

[508]MUTIUS, Albert von. Grundrechte als Teilhaberechte – zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des numerus clausus. VerwArch 64 (1973), pp. 193 *apud* ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 501.

[509] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 499-503. Segundo menciona o autor, o direito subjetivo definitivo vinculante seria o direito a um mínimo existencial.

Constitucional Alemão sobre a existência de um direito do indivíduo de ser admitido em curso universitário de sua escolha, o professor alemão informa que *a partida* o indivíduo que tivesse concluído o ensino médio teria o direito de acesso ao curso universitário de sua escolha, entretanto, tal direito estaria condicionado à reserva do possível, ou seja, àquilo que seria razoável exigir da sociedade. Por meio do modelo de sopesamento, o direito *prima facie* à liberdade fática é muito mais amplo que o direito em definitivo, bem como tem um caráter vinculante que o diferencia de um simples enunciado programático. No plano objetivo, o direito *prima facie* corresponderia a deveres estatais *prima facie* objetivos*,* com caráter vinculante e que impõe ao Estado a necessidade de apresentação de justificativas legítimas para o não cumprimento do seu dever jurídico.

Parte da doutrina brasileira e portuguesa tende a classificar as normas de direitos sociais como normas programáticas,[510] caso em que seria estabelecido um programa social a ser implementado pela maioria, por meio de um dever estatal objetivo. Segundo essa doutrina, em decorrência da indeterminação do conteúdo da norma constitucional de direito social e da necessidade de recursos, seria tarefa da maioria decidir sobre a melhor maneira de realização do direito social. A eficácia das normas de direitos sociais dar- se- ia basicamente no sentido de: I- impor que o Estado não pratique atos contrários às normas

[510] MORAIS, Carlos Blanco de. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, n. 78, jan./mar de 2012, pp. 153-227; MIRANDA, Jorge. A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. In: Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles, V. I, Editora Almedina, Coimbra, 2012, pp. 687- 716; MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais – Introdução Geral, Lisboa, 1999, pp. 58-73; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 363-365; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo II. 6ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 297; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Volume III, 4ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2011, pp. 1072-1075; LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: Tratado Luso- Brasileiro da dignidade humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 393-400; SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 158-207. Alguns autores ressalvam que, quanto aos direitos sociais na sua dimensão negativa, o conteúdo da norma estaria plenamente determinado e, por isso, haveria um direito subjetivo a ser exigido. Nesse sentido é a opinião de Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 352-354).

constitucionais de direitos sociais, sob pena de inconstitucionalidade; II- impor uma obrigação ao legislador democrático de elaborar uma norma de intermediação; III- determinar uma interpretação em conformidade com as normas constitucionais sociais; IV- constituir fundamento para o Estado impor uma restrição a um direito fundamental. Nesse sentido, as normas programáticas de direitos sociais seriam diretrizes direcionadas ao legislador para adoção de uma política social para toda a coletividade, de acordo com as opções políticas e a disponibilidade de recursos, tendo como finalidade a criação de uma sociedade justa e fraterna.

Para JORGE MIRANDA[511], as normas de direitos fundamentais sociais constituem normas programáticas, em que haveria uma maior margem de liberdade de decisão para o legislador, tendo em vista a dependência de condições socioculturais, institucionais, financeiras e econômicas para a concretização desse tipo de direito. No mesmo sentido, BACELAR GOUVEIA[512] entende que as normas de direitos econômicos, sociais e culturais têm natureza programática.

Por sua vez, VIEIRA ANDRADE [513] sustenta que as normas que consagram os direitos sociais prestacionais na Constituição Portuguesa seriam *'normas impositivas de legislação'*, no sentido de impor ao Estado a adoção de

---

[511] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 117-131; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 96-110; MIRANDA, Jorge. Estado social, crise econômica e jurisdição constitucional. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 81-114.

[512] GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Volume III, 4ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2011, pp. 1072-1075.

[513] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 358-363.
A posição de VIEIRA ANDRADE parece ser semelhante ao entendimento da doutrina italiana sobre *norme di scopo*. Criticando a doutrina italiana que empregava às normas constitucionais sociais a natureza de programática, LAVAGNA (LAVAGNA, Carlo. Costituzione e Socialismo. Mulino II, Bologna, 1977, pp. 53 *apud* CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 180) defende a existência de um tipo de norma denominada de *norme di scopo*, dotada de plena eficácia, que indicaria um fim a ser perseguido pelo Estado, portanto, seriam ilegítimas as leis que pretendessem prosseguir por fim diverso ou que impusessem óbice aos objetivos perseguidos. Além desse efeito obstativo, a norma de escopo imporia ao legislador um dever de elaborar lei que atingisse os fins constitucionais.

medidas para satisfação do direito. Embora não assegure um respectivo direito subjetivo de exigir a prestação social, representa mais que as normas programáticas, uma vez que impõe efetivos deveres de legislação, em que o legislador não possui a discricionariedade para decidir o momento de sua atuação, como também não detém total liberdade para escolher o conteúdo do direito, na medida em que está vinculado juridicamente pelas diretrizes materiais previstas nas normas constitucionais. Ao impor deveres ao Estado para obtenção de certo fim, seria possível exigir judicialmente um conteúdo mínimo do direito, que pode ser determinado a nível constitucional. Para além desse mínimo, como leciona VIEIRA ANDRADE, torna-se necessária a atuação legislativa para determinação do conteúdo do direito, considerando a opção política diante da escassez de recursos; o caráter limitado da intervenção estatal na vida social; e o princípio democrático. Neste caso, a fiscalização judicial seria mais débil, somente sendo possível diante de uma violação evidente e arbitrária do dever de legislar imposto pela Constituição.

Na lição de VASCO PEREIRA DA SILVA[514], assim como os direitos de liberdade, os direitos fundamentais sociais teriam dimensão objetiva e subjetiva, como também negativa e positiva. A dimensão objetiva seria caracterizada pela dependência de atuação estatal ou da existência de recursos, por outro lado, a dimensão subjetiva decorreria da perspectiva negativa do direito fundamental ou, em se tratando da dimensão positiva, do mínimo para a existência condigna ou de direito concretizado pelo legislador democrático por meio da integração da norma constitucional.

Rechaçando a classificação dos direitos fundamentais em normas programáticas na Constituição Portuguesa, REIS NOVAIS[515] sustenta que com a concepção da Constituição normativa da segunda metade do Século XX não mais existiria norma de direito fundamental programática. Isto porque a Constituição normativa do atual Estado de Direito impõe que as normas de

[514] SILVA, Vasco Pereira da. Todos diferentes, todos iguais – breves considerações acerca da natureza jurídica dos Direitos Fundamentais. In: Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, V. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 553-583.
[515] NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 149-160.

direitos fundamentais sejam diretamente aplicáveis pela mera previsão constitucional. Desde que seja possível, através da interpretação, retirar algum conteúdo normativo do dispositivo constitucional que consagra o direito fundamental, esse conteúdo deve ser diretamente aplicável. REIS NOVAIS[516] defende os direitos sociais como direitos subjetivos, em que a justiciabilidade e a vinculatividade do direito fundamental social deve ser aferida de acordo com a posição jurídica subjetiva, em que se leve em consideração os deveres estatais (respeito, proteção e promoção), as reservas de ponderação, do politicamente adequado e do financeiramente possível, bem como a dimensão positiva ou negativa do direito e o formato da norma constitucional em princípio ou regra.

Com fundamento na concepção da *'constituição como norma'* e da *'força normativa da constituição'*, CANOTILHO[517] defende a ruptura com a doutrina clássica e o respectivo fim das normas constitucionais programáticas. CANOTILHO [518] leciona que, independentemente da sua justiciabilidade e exequibilidade imediatas, os direitos sociais possuem a mesma dignidade subjetiva dos direitos, liberdades e garantias, portanto, devem ser entendidos como verdadeiros direitos subjetivos. Não existe uma estrutura jurídica homogênea para todos os direitos sociais originários, alguns são auto aplicáveis enquanto outros dependem da atividade mediadora do poder público. Mesmo nas hipóteses em que os direitos socias estejam condicionados por uma reserva do possível, como menciona o jurista português, as respectivas normas não são meros apelos ao legislador ou simples programas, mas autênticas imposições constitucionais. Como verdadeiras imposições constitucionais, embora o legislador detenha ampla liberdade de conformação, a edição de medidas concretas e determinadas não é deixada à livre disponibilidade do legislador.

No âmbito da doutrina brasileira, GONET BRANCO[519] sustenta que, em virtude da norma do artigo 5º, §1º da Constituição, que prevê a aplicabilidade

---

[516] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 366-367; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 291-312.
[517] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1176-1177.
[518] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 474-483.
[519] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2009, pp. 285-287.

imediata das normas de direitos fundamentais, as respectivas normas não teriam natureza programática, mas caráter preceptivo. Embora não fosse possível extrair sempre um direito subjetivo, concreto e definitivo, a norma do artigo 5º, §1º seria uma ordem de otimização, de forma a se conferir a maior eficácia possível aos direitos fundamentais.

Vale mencionar que SARLET[520] utiliza a expressão normas de cunho programático para abranger as normas programáticas, as normas- fins ou as imposições legiferantes, uma vez que o direito prestacional social poderia estar consagrado na Constituição em qualquer uma dessas espécies de normas, acarretando uma menor ou uma maior vinculação do legislador democrático. O ponto comum das mencionas espécies seria a necessidade de intermediação legislativa.

Ao prever expressamente os direitos sociais como fundamentais e garantir que são direta e imediatamente aplicáveis, na medida de sua eficácia (artigo 5º, §1º), deve-se conferir-lhes uma maior vinculatividade jurídica e justiciabilidade possíveis. Entretanto, como ressalta SARLET[521], isso não retira a possibilidade de existência de uma dimensão programática prevista na norma de direito fundamental. Como salienta o autor, mesmo as normas programáticas não são meras declarações políticas ou ideológicas, também possuem eficácia e aplicabilidade. Dessa forma, SARLET[522] defende que a eficácia da norma não depende exclusivamente da técnica de positivação do direito fundamental, na medida em que também deve ser observada a posição jurídica do titular, em direito de defesa ou em direito prestacional. Devido à multifuncionalidade dos direitos fundamentais, os direitos sociais poderiam constituir um direito de defesa ou um direito prestacional. Caso em que seria positivado em norma programática ou norma- fim ou imposição legiferante quando se tratasse de um direito prestacional, enquanto seria positivado em norma com aplicabilidade imediata e com justiciabilidade plena quando decorrente de uma posição de defesa. O direito prestacional social estaria sujeito à reserva do financeiramente possível e

[520] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 308-317.
[521] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 308-317.
[522] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 268-273.

à competência do legislador democrático, caso em que a perspectiva objetiva assumiria maior relevância em comparação com a dimensão subjetiva.

Diante da força normativa constitucional e do caráter jusfundamental do direito social, não se mostra adequado o seu enquadramento em meras normas programáticas, de eficácia limitada e dependente de intermediação legislativa, na medida em que essa doutrina retira a relevância jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Portanto, os direitos sociais constituem autênticos direitos subjetivos, em que a vinculatividade jurídica e a justiciabilidade estão subordinadas de forma preponderante à técnica de positivação e à posição jurídica subjetiva.

5- CONTEÚDO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS SOCIAIS

A questão da indeterminação do conteúdo do direito social à nível constitucional está conectada com a sua caracterização como direito dependente da atuação do legislador, considerando a sua estrutura positiva e a sujeição à reserva do possível, para se concluir pela falta de vinculatividade jurídica dos direitos sociais no plano constitucional.

Essa doutrina pretende desconstruir a natureza do direito social como fundamental, sob o fundamento de que não seria possível determinar um conteúdo preciso a partir da interpretação das normas constitucionais, especificamente para se delimitar o objeto ao qual o Estado está obrigado e o respectivo conteúdo normativo da pretensão que o indivíduo pode exigir. De acordo com os recursos disponíveis e as opções políticas, competiria ao legislador democrático especificar aquilo que o Estado deve prestar e o indivíduo pode exigir, por isso, os direitos sociais estariam na esfera de disponibilidade do poder constituído. Consequentemente, não seriam autênticos direitos fundamentais na medida em que estariam submetidos ao legislador ordinário,

por carecerem de aplicação direta e não poderem ser questionados judicialmente.[523]

Em que pese a possibilidade de o Poder Constituinte consagrar direitos sociais com suficiente determinação de conteúdo no plano constitucional, esta opção dificilmente poderia ser adotada de forma generalizada para todos os direitos sociais. Isto porque os direitos sociais estão naturalmente condicionados por fatores mutáveis que o Estado não pode controlar, dessa forma, a indeterminabilidade do conteúdo do direito social em nível constitucional está mais relacionada à própria natureza do direito social do que à opção do Poder Constituinte.

Não se pode desprezar que os direitos sociais estão especialmente afetados pela disponibilidade financeira e pelas escolhas de prioridades, que o Poder Constituinte não poderia antever e, muito menos, poderia obrigar futuras gerações com as decisões originariamente tomadas. Portanto, em consonância com o princípio democrático, a análise desses fatores e as decisões respectivas são relegadas ao legislador ordinário. Embora a indeterminabilidade do direito social a nível constitucional seja uma característica natural dessa espécie de direito, não se pode pretender aniquilar sua natureza jusfundamental, principalmente quando comparados com os tradicionais direitos de liberdade.

Parte da doutrina[524] defende que os direitos de liberdade carecem também de determinabilidade no plano constitucional, como ocorre com a

---

[523] HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 2132-238; BRUNNER, Georg. Die Problematik der sozialen Grundrechte. Tübingen, 1971, pp. 17 *apud* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 141; BREUER, Rüdiger. Grundrechte als Anspruchsnormen. In: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts (FS für das BVerwG). München: CH Beck, 1978 pp. 89 e ss. *apud* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 141; BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. NJW, Vol. 27, 35, München, 1974, pp. 1529-1538 *apud* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 141; STARCK, Christian. Die Grundrechte des Grundgesetzes. Jus, 1981, pp. 237 e ss. *apud* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 141.

[524] ARANGO, Rodolfo. El Concepto de Derechos Sociales Fundamentales, Bogotá, 2005, pp. 175; MATOS, André Salgado. O Direito ao Ensino, Contributo para uma

liberdade de consciência e de crença (artigo 5º, inciso VI). Diante de uma previsão genérica da norma constitucional de garantia do direito de liberdade, caberia ao legislador definir seus contornos e, na sua falta, ao juiz. Portanto, não haveria uma diferença de determinabilidade entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, uma vez que a superação da indeterminação poderia ser feita nos dois casos por meio dos recursos de interpretação e concretização das normas constitucionais. Em um caso como no outro, a Constituição consagraria somente um direito *prima facie*, o conteúdo definitivo do direito somente seria alcançado após a incidência da restrição sobre o âmbito de proteção, situação na qual uma ponderação de bens exerceria a importante função de determinação do conteúdo do direito.

Conforme menciona SARLET [525], a necessidade de intermediação legislativa não decorre da indeterminação do conteúdo, uma vez que tanto os direitos de defesa como os direitos prestacionais contêm formulações de cunho aberto e vago, que podem ser diretamente aplicáveis pelo juiz, através da interpretação da norma. Para SARLET, a necessidade de intermediação legislativa dos direitos sociais prestacionais decorre apenas de uma questão competencial, uma vez que a sua concretização depende da disponibilidade de meios e da progressiva implementação e execução de políticas públicas no plano socioeconômico.

Por sua vez, embora admita uma indeterminabilidade semântica dos dispositivos constitucionais que consagram direitos fundamentais, REIS NOVAIS[526] entende que haveria uma diferença sensível entre a determinação do conteúdo dos direitos sociais e dos direitos de liberdade. Isto porque os direitos sociais não poderiam ter seu conteúdo determinado à nível constitucional por meio de mera interpretação jurídica, teriam questões advindas da reserva do financeiramente possível que obstariam tal delimitação. Como a prestação

---

Dogmática Unitária dos Direitos Fundamentais. Relatório de Mestrado na Faculdade de Direito de Lisboa, 1997/98, pp. 175 *apud* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 145-146; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 310.

[525] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 310.

[526] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 141-155.

estatal estaria dependente de condições financeiras e materiais, quando o indivíduo não possa aceder ao bem com recursos próprios, a norma constitucional de direito social não poderia garantir ao indivíduo uma quantidade juridicamente determinada de acesso ao bem social. Por outro lado, ao contrário dos direitos sociais, as normas constitucionais de direitos de liberdade garantiriam uma esfera jurídica que o Estado deve respeitar, assim, o conteúdo protegido pela norma constitucional poderia ser determinado através de uma mera interpretação.

No entanto, REIS NOVAIS [527] informa que os direitos de liberdade também podem estar sujeitos às reservas do politicamente adequado e do financeiramente possível. Quando estivesse em pauta uma posição jurídica subjetiva de liberdade que exigisse um dever de proteção estatal, pela reserva do politicamente adequado, haveria uma margem de liberdade para que o legislador democrático decidisse politicamente sobre o *quando*, o *como* e o *quanto* da satisfação. Por outro lado, uma faculdade ou pretensão do direito de liberdade pode exigir um dever de promoção do Estado, como a criação de estruturas, serviços ou prestações, em que a disponibilidade de recursos seja essencial para sua garantia. Nesses casos, por envolver uma indeterminabilidade do conteúdo dos deveres estatais de proteção e promoção exigidos pela norma constitucional, o controle judicial também seria mais débil.

Não se pode negar que na principal dimensão os direitos de liberdade e sociais possuem distinções quanto à determinabilidade do conteúdo. Os direitos de liberdade são juridicamente determinados ou determináveis no plano constitucional, consequentemente, podem ser exigíveis e há uma maior fiscalização judicial. Por outro lado, existe uma indeterminação do conteúdo dos direitos sociais à nível constitucional, por se tratar de uma característica natural dessa espécie de direito, que depende da intermediação do legislador para ser plenamente exigível. Todavia, quando analisadas especificamente as

[527] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 141-155. REIS NOVAIS ressalta que a extensão do acesso e do âmbito de proteção nos direitos de liberdade são fixados de forma permanente e pré-estabelecida, uma vez que na inteira dependência da vontade do Estado. Por sua vez, a garantia de acesso nos direitos socias sempre depende da reserva do possível, referente a uma disponibilidade financeira que o Estado não controla e, assim, não pode ser determinado o seu conteúdo pelo Poder Constituinte.

faculdades, garantias e direitos que compõem o direito como um todo, não existem diferenças sensíveis entre direitos de liberdade e sociais. Mesmo na dimensão principal, já não haverá diferença quando o legislador ordinário concretiza o direito social, uma vez que o direito social poderá estar mais determinado inclusive que os direitos de liberdade previstos na Constituição.[528]

Diante de uma posição jurídica subjetiva, tanto direitos de liberdade como direitos sociais podem estar sujeitos às opções políticas e à disponibilidade de recursos para delimitação do conteúdo da obrigação que compete ao Estado. Por outro lado, quer se trate de direto de liberdade quer se trate de direito social, a faculdade ou pretensão do direito fundamental como um todo pode ter seu conteúdo determinado à nível constitucional. Dessa forma, ainda que exista diferença entre direitos de liberdade e direitos sociais quanto à sua principal dimensão, a indeterminabilidade do conteúdo não justifica uma ausência de relevância jurídica constitucional aos direitos sociais, enquanto direito fundamental.

6- NECESSIDADE DE RECURSOS – RESERVA DO FINANCEIRAMENTE POSSÍVEL

Ainda conectada à questão da determinação do conteúdo do direito social e à respectiva liberdade conformativa do legislador, há a objeção de que os direitos sociais dependem de recursos para que possam ser implementados, enquanto os direitos de liberdade não demandam tal necessidade. A reserva do financeiramente possível seria uma barreira intransponível para que fosse conferida eficácia plena à norma de direito social.

Não se nega que para o acesso aos bens sociais, econômicos e culturais, os direitos sociais impõem ao Estado a obrigação de financiar prestações materiais ou estruturas para prestação do respectivo serviço. Diante de uma escassez moderada de recursos, a obrigação que incide sobre o poder

[528] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 141-155. Como defende o autor, a norma infraconstitucional seria norma de direito fundamental por integrar a norma constitucional de direito social, com natureza materialmente constitucional.

público sempre resta faticamente condicionada pela disponibilidade econômica do Estado, portanto, a exigibilidade judicial do direito fica sujeita à disponibilidade de recursos públicos.

A reserva do possível é criação da jurisprudência alemã. Quando do julgamento de uma ação em que um estudante pleiteava do Estado uma vaga em curso superior, a Corte Constitucional entendeu que deveria ser levado em conta o interesse da coletividade ao se elaborar o orçamento, portanto o Estado somente estaria obrigado a atender aquilo que o indivíduo pudesse razoavelmente exigir da sociedade. A reserva do possível é corolária ao princípio da razoabilidade, já que não se pode exigir uma prestação estatal sem que sejam considerados a necessidade de toda a sociedade e a disponibilidade financeira. Por outro lado, com ela não se confunde, porque, mesmo que a prestação seja razoável, o Estado somente está vinculado juridicamente a prestá-la caso haja recursos disponíveis. Embora a reserva do financeiramente possível não encontre previsão constitucional expressa, é uma reserva imanente aos direitos prestacionais, sujeitos à existência de recursos e ao poder de disposição jurídica dos mesmos pelo legislador democrático.[529]

Trata-se, dessa maneira, de uma reserva natural aos direitos prestacionais uma vez que, ao ser elaborada a Constituição, não poderia o Poder Constituinte decidir sobre o grau de concretização do direito. Como o direito prestacional depende de fatores que não podem ser previstos, muito menos controlados, o Poder Constituinte conferiu aos Poderes Constituídos a tarefa de decidir o grau de implementação do direito, de acordo com os recursos financeiros existentes e a necessidade de atendimento prioritário de determinados anseios sociais.[530]

---

[529] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 93-103; MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social. In: Conferência no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado, proferida em Belo Horizonte, em 28 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>, 2011, pp. 1-18; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 483-485.

[530] PECES- BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Derechos sociales y positivismo jurídico – Escritos de Filosofía Jurídica y Política. Editora Dykinson, Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, Madrid, pp. 67-82. O autor relaciona a escassez de recursos aos princípios da solidariedade e da fraternidade, uma vez que somente através da solidariedade entre os cidadãos se poderia minimizar os efeitos da escassez de recursos.

A doutrina que questiona a jusfundamentalidade dos direitos sociais baseia- se na reserva do financeiramente possível para lhes negar a caráter de direito fundamental ou para não lhes conceder relevância jurídica constitucional. Como os direitos sociais dependeriam de recursos financeiros e a decisão sobre a prioridade de alocação dos recursos disponíveis seria do legislador democrático, argumenta-se que os direitos sociais não seriam garantidos contra decisões da maioria pelo Poder Judiciário. Na medida em que a característica do direito fundamental seria justamente a garantia jurídica em face da maioria e os direitos sociais dependeriam do legislador democrático para sua efetivação, essa doutrina conclui que os direitos sociais não seriam autênticos direitos fundamentais.[531]

Um primeiro posicionamento contrário à negativa de fundamentalidade aos direitos sociais não rechaça a incidência da reserva do possível, mas entende que ela também gravaria os direitos de liberdade. Mesmo os clássicos direitos negativos à liberdade demandariam a análise de consequências orçamentárias e econômicas para a sua garantia judicial. Portanto, a reserva do financeiramente possível representaria um limite ínsito a todos os direitos fundamentais.

HOLMES e SUNSTEIN [532] sustentam que a questão financeira impactaria os direitos fundamentais da mesma forma, quer se trate de direito positivo quer se trate de direito negativo. Segundo os autores, não haveria a dicotomia entre direitos positivos e direitos negativos, todos seriam positivos, já que acarretariam gastos para o Estado. Para a garantia de direitos ditos negativos, como o direito de propriedade e o direito à segurança, também seriam necessários vultosos gastos com a manutenção de um sistema administrativo e judiciário que assegurasse tais direitos contra ameaças e agressões de outros

[531] HESSE, Konrad. *Grundrechte: Bestand und Bedeutung.* Hans- Jochen Vogel (org.), *Handbuch des Verfassungrechts*, Berlin/ New York, 1983, pp. 97 apud NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 92.

[532] HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. The cost of rights – Why liberty depends on taxes. W.W. Norton & Company, New York and London, 1999, pp. 35-48. Nesse sentido, Holmes e Sunstein (HOLMES AND SUNSTEIN, op. cit., 1999, p. 44, p. 48) defendem que não haveria a dicotomia entre direitos positivos e direito negativos, sendo que todos seriam positivos e acarretariam custos para o Estado: "(...) *All rights are costly because all rights pressupose taxpayer funding of effective supervisory machinery for monitoring and enforcement.*" (…) "*All rights are positive rights*."

particulares e do próprio Estado. Portanto, ainda quanto aos tradicionais direitos de liberdade, caberia à maioria decidir sobre a prioridade e a respectiva alocação dos recursos disponíveis.

No âmbito da doutrina brasileira, PEREIRA[533] entende que tanto os direitos sociais como os direitos de liberdade dependem de recursos financeiros, na medida em que para a garantia dos clássicos direitos de liberdade também há necessidade de montagem de estruturas e dispêndio de recursos materiais. Conforme leciona a autora, a única diferença consiste no grau de visibilidade, em que a relevância econômica tem uma visibilidade mais acentuada nos direitos sociais, na medida em que estes são fruídos individualmente (*uti singuli*), ao passo que os direitos de liberdade são prestados de forma universal (*uti universi*) e indivisível.

Embora se concorde que todos os direitos fundamentais acarretam gastos diretos ou indiretos para o Estado, não se pode desconsiderar que os recursos financeiros influenciam de forma distinta os direitos positivos e os negativos. Embora os direitos negativos acarretem custos para o Estado, a dependência da disponibilidade de recursos não impediria a efetividade ou a eficácia, caso em que a norma gozaria de imediata aplicabilidade e poderiam ser

---

[533] PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. Revista Quaestio Iuris da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015, pp. 2080-2114. Como menciona a autora: "Com efeito, nenhum direito pode ser assegurado sem a montagem de estruturas institucionais e sem o dispêndio de recursos materiais. Para tutelar as várias liberdades e proteger os bens jurídicos a elas atrelados, o Estado deve criar inúmeras salvaguardas legais e montar sofisticadas estruturas burocráticas que assegurem sua implementação (tais como a polícia, os tribunais e agências de fiscalização). Os direitos políticos, por sua vez, também apresentam uma estrutura complexa. Encerram o dever do Estado de abster-se de obstruir a participação no processo político e, ao mesmo tempo, pressupõem a criação de órgãos e procedimentos que viabilizem a participação dos indivíduos na formação da vontade estatal."
Em sentido semelhante na doutrina portuguesa: NABAIS, José Casalta. Reflexões sobre quem paga a conta do estado social. Revista Tributária e de Finanças Públicas nº 2009 – RTRIB 88, pp. 269- 307. CASALTA NABAIS defende que os direitos sociais teriam custos diretos e visíveis pelos cidadãos, enquanto os direitos de liberdade teriam gastos financeiros indiretos e não visíveis pelos cidadãos: "(...) todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também tem custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos gratuitos, direitos de borla, uma vez que todos eles se nos apresentam como bens públicos em sentido estrito."

exigidos judicialmente. Por outro lado, a questão financeira gravaria o plano da eficácia e da efetividade da norma de direito fundamental na sua dimensão prestacional.[534]

No âmbito da doutrina portuguesa, partindo de uma distinção entre os deveres do Estado de respeitar, proteger e promover e baseado em uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, REIS NOVAIS[535] entende que a reserva do financeiramente possível não gravaria o dever do Poder Público respeitar o acesso do indivíduo aos bens fundamentais. Somente os deveres de proteger e promover envolveriam gastos financeiros e, por isso, estariam sujeitos à reserva do possível. Assim, conclui que não haveria diferença quando analisada uma faculdade ou pretensão do direito fundamental como um todo, uma vez que haveria deveres estatais (deveres de proteção e promoção) com custos nos direitos de liberdade, ao passo que também seria possível deveres estatais sem custos nos direitos sociais (dever de respeito). Por outro lado, quando se tratar da principal dimensão do direito, caracterizados os direitos de liberdade como de exigência de um dever de respeito e os direitos sociais como de um dever de promoção, defende que haveria diferença quanto à reserva do possível.

Por meio de uma diferenciação entre efetividade e normatividade e entre validade e eficácia jurídica, defende REIS NOVAIS[536] que a reserva do possível gravaria de forma distinta os direitos de liberdade e os direitos socias. Os direitos de liberdade estariam sujeitos à disponibilidade de recursos para a sua efetividade, ou seja, para que se provesse o exercício do direito, uma vez que através de uma mera interpretação constitucional se poderia concluir pela violação do direito de liberdade e a respectiva invalidade do ato estatal que a

[534] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 237-238; pp. 301-305.
[535] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 93-103. Ressalte-se que o próprio REIS NOVAIS, de forma excepcional, admite a possibilidade de deveres de respeito com custos para o Estado e deveres de promoção sem gastos.
[536] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 93-103. Ressalta REIS NOVAIS que quando o direito social estiver previsto com natureza de regra constitucional, em termos precisos e definitivos, não há incidência da reserva do financeiramente possível. Por outro lado, quando se tratar de prestações materiais para a garantida do direito de liberdade, também a reserva do possível gravaria os direitos de liberdade quanto aos deveres de proteção e promoção no plano normativo.

ensejou. Por sua vez, em se tratando de um direito social, o próprio bem jusfundamental seria custoso ao Estado e, assim, a reserva do possível incidiria no plano normativo e de eficácia da norma. O reconhecimento do direito social à nível constitucional ficaria, portanto, juridicamente sujeito à disponibilidade de recursos.

Entretanto, mesmo que sejam consideradas as distinções quanto ao tratamento da reserva do possível sobre os direitos de liberdade e os direitos sociais, tal circunstância não seria suficiente para desqualificar a fundamentalidade e a relevância jurídica desses últimos. Isto porque a existência de reservas não é estranha aos direitos fundamentais, quando não estejam previstos em forma de regra (conteúdo preciso e definitivo) podem sempre ceder diante de outros direitos ou valores. Tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais estão sujeitos à uma reserva imanente da ponderação, que condiciona a validade e a eficácia dos direitos fundamentais, sendo certo que os direitos sociais ainda estariam sujeitos à uma reserva do financeiramente possível. A existência dessas reservas não faria com que os direitos fundamentais, especificamente os direitos sociais, fossem deixados ao arbítrio da maioria, enquanto garantias jurídicas que vinculam os poderes constituídos.[537]

Vale ressaltar que, em que pese parte da doutrina [538] e da jurisprudência[539] brasileiras entenderem que a reserva do possível constitua tão somente a inexistência fática de recursos em cofres fazendários para o custeio do direito, não se pode desprezar a dimensão jurídica da reserva do possível. Isto porque a escassez de recursos dificilmente é total, na maioria dos casos a

[537] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 93-122.

[538] MEIRELES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais – Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Editora juspodivm, Salvador, 2008, p. 448. Segundo Ana Meireles: "(...) não há escolhas, no entanto, quando se trata de determinados tipos de prestações voltadas à tutela de direitos fundamentais. É uma esfera em que não há discricionariedade".

[539] Nesse sentido é o trecho da decisão proferida no ARE 639337: "(...) Não se ignora que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, então, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. (...)"

falta de recursos é apenas moderada, em que é possível arcar somente com parte das demandas sociais. Nesse sentido, cabe ao legislador democrático a decisão quanto aos interesses que merecem atendimento prioritário para utilização dos recursos disponíveis. Como são os cidadãos que contribuem para a manutenção do Estado através do pagamento de tributos, devem ser eles, diretamente ou por meio de representantes, a decidirem sobre o destino dos recursos públicos.[540] Por conta disso, além do aspecto fático da reserva do possível no tocante à falta efetiva de recursos, não se pode desconsiderar a reserva do possível na sua dimensão jurídica.[541]

Dessa forma, a invocação da reserva do possível não enseja o ônus de comprovar a falta de recursos, mas sim o ônus de demonstrar a relevância da questão financeira para a implementação do direito social e a legitimidade do procedimento adotado pelo Estado para se eleger e fundamentar as prioridades. Em virtude do princípio do Estado de Direito, cabe ao Poder Judiciário fiscalizar a relevância da questão financeira para a concretização do direito, na medida em que a inexistência de verbas públicas pode ser totalmente irrelevante para a sua implementação, assim como deve o juiz analisar se o procedimento estatal para eleição e fundamentação de prioridades está em consonância com as normas jurídicas constitucionais.[542]

---

[540] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 534-536; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 91-92; p. 108. Conforme leciona REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2010, pp. 92), pelos direitos fundamentais serem "(...) tão importantes que não podem ser deixados à decisão da maioria parlamentar, os direitos fundamentais são, por natureza, furtados à disponibilidade do legislador e entregues aos tribunais, mas 'no âmbito dos direitos sociais, os tribunais só podem decidir se o legislador decidiu'."

[541] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 89-122.
No âmbito da doutrina brasileira: GOUVÊA, Marcos Maselli. O direito ao fornecimento estatal de medicamentos. In: GARCIA, Emerson (Coord.) A efetividade dos direitos sociais. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, pp. 199-254; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 301-305. Além do aspecto fático e jurídico da reserva do possível, SARLET (SARLET, op. cit., 2007, pp. 301-305) ainda acrescenta uma terceira dimensão, referente à razoabilidade da pretensão do titular do direito. O indivíduo somente poderia reivindicar aquilo que fosse razoável exigir da sociedade.

[542] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 89-122.

Por envolver uma decisão política da maioria, ao juiz cabe somente aferir a legitimidade da justificativa do Estado baseada na reserva do possível. Considerando a adequação jurídica do procedimento para eleição de prioridades, a justificativa será legítima sempre que o fundamento de interesse público para a afetação ao direito pelo Poder Público tiver como base uma questão financeira relevante, ao ponto de fazer ceder o direito individual. Quando a questão financeira não tiver relevância para a implementação do direito prestacional, a justificativa deve ser tida como ilegítima pelo juiz e o ato de afetação do direito deve ser invalidado.[543]

No mesmo sentido, quando se tratar de direito social em que o particular tenha acedido ao bem social com recursos próprios, não são necessários recursos estatais para sua tutela, basta que o Poder Público não interfira na esfera jurídica individual. O particular teria alcançado o bem social com seus próprios recursos e qualquer afetação ao direito social com base na reserva do financeiramente possível seria ilegítima.[544]

A falta de recursos e a respectiva opção do legislador democrático também não podem ser levadas em conta quando se tratar de direito previsto em forma de regra. Quando o direito está previsto de maneira precisa e definitiva com natureza de regra constitucional, o Poder Constituinte já o elegeu como prioritário e ordenou que as verbas públicas disponíveis sejam utilizadas para o seu atendimento.[545]

Da mesma forma, o mínimo social deve ser garantido diante de um estado de carência individual que afete a existência condigna, independentemente da cláusula da reserva do possível. Há um núcleo essencial do direito social, intimamente ligado com a dignidade da pessoa humana, que

---

[543] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 89-122. Nesse sentido, REIS NOVAIS cita o julgado da Corte Constitucional da África do Sul, em que o Tribunal entendeu que a justificativa financeira não influenciaria na concretização do direito ao fornecimento de medicamento para mães portadoras de HIV, uma vez que a nevirapina seria fornecida pelo fabricante e não teria custos para o Estado. Representa um caso em que a justificativa financeira do Poder Público seria ilegítima.

[544] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 89-122.

[545] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 100.

vincula os poderes constituídos e não está sujeito à reserva do financeiramente possível.

Outrossim, quando o direito social prestacional for implementado pelo legislador democrático, a questão financeira deixa de constituir um óbice, uma vez que, além da determinação do conteúdo da prestação social, pressupõe-se que também se tenha direcionado recurso para o seu custeio, através de previsão orçamentária. Isso não quer dizer que o Estado não possa alegar a reserva do possível para afetar o direito já implementado, entretanto, eventual restrição deve ser submetida ao controle do juiz para análise de sua legitimidade. A justificativa é legítima sempre que reste comprovada a importância da questão financeira para a restrição ao direito.[546]

Desta forma, a questão financeira não pode constituir justificativa para se conferir uma menor relevância jurídica jusfundamental aos direitos sociais. Embora ao legislador democrático caiba a decisão sobre a alocação dos recursos disponíveis para efetivação do direito social na sua principal dimensão prestacional, enquanto garantia jurídica fundamental em um Estado de Direito, deve o Poder Judiciário exercer o controle jurídico dessa escolha. Em que pese o controle mais débil, em relação aos direitos de liberdade, a efetivação dos direitos sociais não resta condicionada ao alvedrio da maioria.

7- ESTRUTURA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITOS SOCIAIS POSITIVOS E DIREITOS DE LIBERDADE NEGATIVOS

Um argumento usualmente conhecido para se conferir menor relevância jurídica aos direitos sociais, quando comparados com os tradicionais direitos de liberdade, especificamente quanto à sua justiciabilidade e vinculatividade jurídica, seria de que os direitos sociais são direitos positivos, enquanto aos direitos de liberdade são direitos negativos. Essa análise estrutural do direito fundamental, embora conectada com a questão da reserva do possível, dela se diferencia e ganha autonomia própria.

[546] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 115-122.

A classificação de direitos de liberdade com a função de defesa e estrutura negativa e dos direitos sociais com função de prestação e estrutura positiva tem origem na doutrina alemã.[547] Nesse sentido, os direitos de liberdade têm a função de defesa e exigem uma abstenção do Poder Público, ao passo que os direitos sociais demandam uma prestação fática e uma atuação positiva do Estado. Em consequência, tanto a vinculatividade jurídica como a justiciabilidade dos direitos sociais restariam debilitadas em relação aos direitos de liberdade.[548]

No que diz respeito à vinculatividade jurídica, alega-se que o Estado pode se obrigar a não violar um número ilimitado de direitos negativos de inúmeros indivíduos, bastaria uma omissão, por outro lado, quando o Poder Público está obrigado a atuar, dificilmente obterá êxito em conferir todas as prestações positivas a que estiver vinculado, considerando inclusive a disponibilidade de recursos. A capacidade de prestar é necessariamente limitada, uma vez que implica a observância de questões financeira e de escolhas de prioridades.

Como consequência, a violação do direito de liberdade seria objetivamente constatada, bastaria a anulação do ato e a respectiva recomposição ao estado anterior ou o arbitramento de indenização compensatória. Nesse caso, como a violação poderia ser constatada de forma objetiva, o controle judicial seria realizado com base em parâmetros jurídicos. Por sua vez, para a violação do direito positivo deve ser averiguado se o dever estatal de atuar seria preciso, concreto e exigível em determinado momento. Como na maioria das situações em que se discute a vinculatividade jurídica do direito positivo não se pode determinar com critérios jurídicos objetivos qual medida seria cabível e em que momento seria exigível, não existe certeza sobre aquilo que deve ser objeto da prestação estatal e, muito menos, a partir de que momento pode ser exigida. Portando, o controle judicial seria mais débil na medida em que não se pode medir com parâmetros jurídicos a

[547] MÜLLER, Friedrich. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – Especialmente na ótica da Teoria Estruturante do Direito. In: Direitos Humanos e Democracia. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, pp. 45-52.
[548] HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 232-238; STARCK, Christian. Die Grundrechte des Grundgesetzes. Jus, 1981, pp. 237 e ss. *apud* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 128.

inconstitucionalidade do ato ou omissão do Poder Público.[549] Assim sendo, se abstendo da reserva do possível e se atendo somente à estrutura do direito fundamental, a vinculação jurídica e a respectiva fiscalização judicial seriam mais intensas nos direitos de liberdade, ao passo que seria fraca ou inexistente nos direitos sociais.

Como defende REIS NOVAIS[550], embora não se possa negar que o controle judicial de direitos positivos é mais débil, não se pode adotar uma classificação radical quanto à estrutura dos direitos fundamentais, em que direitos de liberdade seriam negativos e direitos sociais seriam positivos. Isto porque, quando analisadas as faculdades ou pretensões que compõem o direito como um todo, os direitos fundamentais comportam dimensão positiva e dimensão negativa, logo os direitos de liberdade também seriam dotados de uma estrutura positiva, assim como os direitos sociais de uma negativa.

De forma semelhante, VIEIRA ANDRADE [551] sustenta que seria equivocada a classificação de direitos de defesa em um dever de abstenção estatal e o direito a prestações em um dever de agir estatal, na medida em que os direitos de defesa não se restringem apenas em uma faculdade de exigir um não fazer do Estado, mas também podem acarretar uma faculdade de pretender

---

[549] STARCK, Christian. Die Grundrechte des Grundgesetzes. Jus, 1981, pp. 237 e ss. *apud* NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 128.

[550] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 123-140. Segundo REIS NOVAIS, tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais são fundamentais e, por isso, condicionam os atos dos poderes constituídos. A vinculação jurídica e a justiciabilidade vão depender das reservas da ponderação, do politicamente adequado e do financeiramente possível, somente a parir dessas reservas se poderá determinar o tipo e o grau de controle judicial. Em se tratando de um dever estatal de respeito, incidiria uma reserva geral imanente de ponderação, em que haveria amplo controle judicial por se basear em parâmetros jurídicos. Por sua vez, um dever de proteção e promoção, além de sujeitos a uma reserva de ponderação, estariam condicionados por uma reserva do politicamente adequado, em que as margens de controle judicial seriam reduzidas. Por fim, no campo dos deveres de promoção, além das reservas citadas, também incidiria a reserva do financeiramente possível, na qual o controle judicial seria débil por envolver escolhas da maioria sobre alocação de recursos.

[551] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 167-172; pp. 357-382. Segundo VIEIRA ANDARADE, a dimensão primária do direito de defesa seria a faculdade de exigir prestações negativas e dos direitos a prestações a de exigir prestações de fato positivo, entretanto, poderiam surgir dimensões secundárias de exigir prestações positivas nos direitos de defesa e de exigir prestações negativas nos direitos a prestações.

uma ação positiva estatal, assim como, por outro lado, o direito a prestações não se traduzem somente em ações positivas, envolvem ainda um não fazer. Conclui o autor que os direitos sociais possuem vinculatividade quando diante de sua dimensão negativa, quando houver uma intensa determinação do seu conteúdo a nível constitucional e quanto ao seu conteúdo nuclear, esta última decorrente da referência imediata à dignidade da pessoa humana.

No âmbito da doutrina alemã, ensina ALEXY [552] que um direito fundamental social completo corresponde a um feixe de posições jurídicas subjetivas, que podem impor que o Estado se abstenha (direito de defesa), que o Estado inclua o indivíduo em procedimentos para o exercício do seu direito (direito a procedimentos), que o Estado proteja o indivíduo contra ameaças de terceiros (direito a proteção) e que adote medidas fáticas para a satisfação do direito (direito a prestações fáticas).

Por sua vez, em sede doutrinária brasileria, SARLET[553] informa que os direitos com função de defesa geralmente estão previstos em normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, ao passo que os direitos com função prestacional estão consagrados em normas constitucionais de eficácia limitada e, por isso, dependem de intermediação do legislador democrático. Salienta o autor que os direitos sociais podem assumir uma função de defesa (liberdades sociais) ou uma função prestacional, bem como podem contar com uma dimensão positiva como negativa. Portanto, como menciona SARLET, para efeitos de controle judicial, equivocada é a classificação dos direitos de liberdade como negativos e com a função de defesa e dos direitos sociais como direitos positivos e com a função prestacional.

Embora se possa afirmar que o direito social tem função prestacional e estrutura positiva quando analisada a sua principal dimensão, o mesmo não pode ser dito quanto à cada uma das posições jurídicas subjetivas referentes à norma de direito social. Aqui não é o direito como um todo que é analisado, mas

[552] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 442-446.
[553] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 230-241, pp. 306-308; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 1019-1049.

aspectos do mesmo, na medida em que do dispositivo constitucional podem advir diversas normas, que preveem diversas faculdades e pretensões e podem assumir uma dimensão positiva ou negativa. Dessa forma, não se pode atribuir uma função prestacional e estrutura positiva ao direito social como justificativa para se entender pela menor vinculatividade e justiciabilidade do direito sociais em relação aos tradicionais direitos de liberdade.

8- VINCULATIVIDADE JURÍDICA E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A vinculatividade jurídica dos Poderes Constituídos importa na possibilidade de o titular de um direito fundamental exigir a satisfação do seu interesse perante aquele que está obrigado a atender a pretensão.

Ao discorrer sobre a doutrina e a jurisprudência alemãs acerca da classificação teórico- estrutural dos direitos fundamentais sociais, ALEXY[554] aponta três aspectos em que divergem os juristas sobre a caracterização das normas de direitos sociais. Em um primeiro ponto, há divergência entre a classificação das normas de direitos sociais como aptas a gerar direitos subjetivos ou apenas como forma de obrigar o Estado de forma objetiva. Em outro aspecto, não há acordo se as normas são vinculantes, caso sua violação poderia ser analisada pelo Tribunal Constitucional, ou não-vinculantes, caso em que seriam meros enunciados programáticos. Por fim, não há definição se as normas podem ensejar direitos e deveres *prima facie* ou definitivos. A proteção mais intensa seria oferecida pelo entendimento de que as normas de direitos sociais são normas vinculantes que asseguram direitos subjetivos definitivos a prestações. Por outro lado, a menor garantia seria consistente na perspectiva de

[554] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 499-419; ALEXY, Robert. Colisão de Direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 55-69. Segundo o autor, para aqueles que defendem um conteúdo minimalista, ao indivíduo seria assegurado somente o domínio de um espaço vital e de um *status* social mínimos, denominado de *"direitos mínimos"*. Em contrapartida, os que adotam um programa maximalista entendem pela garantia de uma *"realização completa"* dos direitos fundamentais sociais.

que as normas de direitos sociais são não- vinculantes e dão origem a um dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações.

No âmbito do ordenamento jurídico- constitucional português, que à semelhança da Constituição Brasileira também prevê expressamente direitos sociais como fundamentais, há divergência doutrinária acerca da vinculatividade jurídica e justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais.

Ensina VASCO PEREIRA DA SILVA[555] que não importa o bem jurídico protegido pela norma constitucional (social ou de liberdade), a vinculação jurídica e a exigibilidade judicial estão sujeitas à dimensão objetiva ou subjetiva e à dimensão positiva ou negativa. O direito subjetivo surgiria quando a Constituição impusesse um dever certo e determinado ao Estado, o que ocorreria diante da dimensão negativa do direito fundamental ou, no caso da dimensão positiva, quando se tratar de um mínimo para existência condigna ou de direito fundamental concretizado por norma elaborada pelo legislador democrático. Por sua vez, caso o exercício do direito fundamental dependesse de uma atividade do Poder Público ou da existência de recursos estar-se-ia diante da perspectiva objetiva.

Analisando a vinculatividade e a justiciabilidade dos direitos socias, REIS NOVAIS[556] parte da distinção entre direito fundamental como um todo e cada um dos direitos ou faculdades dele integrantes, concluindo que as obrigações de atuação do Estado e o respectivo controle judicial são dependentes dessa diferenciação. Para REIS NOVAIS [557] a vinculação jurídica e o respectivo controle judicial dependem da densidade normativa constitucional, ou seja, natureza de princípio ou de regra; da estrutura do direito em dimensão positiva ou negativa; e do dever estatal associado ao direito.

Portanto, em um primeiro momento, quer se trate de direito de liberdade quer se trate de direito social, o intérprete deve analisar se o direito fundamental está previsto em formato de regra ou de princípio. Quando o direito tenha sido

[555] SILVA, Vasco Pereira da. Todos diferentes, todos iguais – breves considerações acerca da natureza jurídica dos Direitos Fundamentais. In: Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, V. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, pp. 553-583.
[556] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 181-188.
[557] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 155-179, pp. 268-269.

previsto em formato de uma regra constitucional, o seu conteúdo já está plenamente determinado por uma decisão definitiva do Poder Constituinte, portanto, não cabe aos Poderes Constituídos qualquer margem de escolha. Nesse caso, a norma constitucional é diretamente aplicável e esta se dá por subsunção, acarretando uma vinculatividade jurídica plena e um total controle judicial. Por outro lado, quando a norma de direito fundamental adquire o formato de um princípio, embora também diretamente aplicável, trata-se de um direito *prima facie*, com conteúdo relativamente indeterminado e sujeito aos instrumentos de conformação e ponderação para a sua concretização. Assim sendo, diante de uma certa liberdade do legislador democrático, a vinculatividade jurídica e a fiscalização pelo Judiciário são atenuados.[558]

No tocante ao dever estatal associado ao direito fundamental, REIS NOVAIS[559] defende a existência de deveres de respeito, proteção e promoção, que vinculariam com distinta intensidade os poderes constituídos. O dever de respeito impõe ao Estado que não intervenha na área de autonomia individual ou de proteção do direito fundamental, com suficiente determinabilidade da norma constitucional para permitir sua aplicação direta. Isso não significa que sejam previstos em mandados constitucionais certos e definitivos, uma vez que podem ceder diante de outro interesse legítimo a ser perseguido pelo Estado, por isso, estão sujeitos à reserva imanente de ponderação.

Quando se trata de um dever estatal de proteção de um direito fundamental em face de ameaças provindas do próprio Estado, de terceiros ou de eventos naturais, existem diversos meios disponíveis ao legislador democrático. Alguns instrumentos de proteção podem ser mais eficazes ou podem ser mais restritivos a outros direitos fundamentais, portanto, dentre as possibilidades admitidas para a proteção do direito, cabe ao legislador democrático optar pela que entende melhor, desde que essa proteção não seja insuficiente. Nesta hipótese, REIS NOVAIS[560] defende que quanto ao dever de proteção, além da reserva imanente de ponderação, incide uma reserva do

[558] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 255-301.
[559] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 255-301.
[560] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 255-301.

politicamente adequado ou oportuno, em que a fiscalização judicial da decisão do legislador democrático é enfraquecida. Somente seria permitida a intervenção judicial quando a norma constitucional de proteção fosse suficientemente determinada ou quando o Estado não oferecesse um nível mínimo aceitável de proteção do direito fundamental, com a respectiva violação do princípio da proibição do défice.

Outrossim, através do dever de promoção, o Estado deve garantir o acesso aos bens sociais e às liberdades assegurados pela norma constitucional de direito fundamental. Como em sua maioria envolvem prestações fáticas, que acarretam custos para o Estado, o dever de promoção está sujeito à reserva do financeiramente possível, além das reservas citadas anteriormente do politicamente adequado e da ponderação. Em um quadro de escassez moderada, cabe ao legislador democrático decidir onde serão gastos os recursos disponíveis para promoção dos direitos sociais e de liberdade, em virtude disso, há menor determinabilidade do conteúdo do direito e a norma não goza de aplicação direta. Como consequência, o controle judicial é mais tênue uma vez que basicamente incide sobre a relevância da questão financeira para a concretização do direito, sobre a justificativa apresentada pelo poder público ou pela análise da existência de anterior decisão legislativa que tenha decidido pelo aporte do recurso para garantia do direito alegado como violado.[561]

Aduz ainda REIS NOVAIS[562] que, assim como os direitos de liberdade, as normas constitucionais que preveem direitos sociais representam faculdades e pretensões de índole positiva ou negativa. Na dimensão negativa do direito, o seu conteúdo já está plenamente determinado a nível constitucional e, por isso, cabe ao Estado o dever de não intervir na esfera jurídica individual. Constatada a afetação do direito, o poder judiciário é dotado de plena competência para a análise da legitimidade da restrição. Por outro lado, o conteúdo do direito

[561] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 255-301.

[562] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 255-301. Menciona REIS NOVAIS que há tendência de associar o direito negativo com um dever de respeito e dos deveres de promoção e proteção com um direito positivo, entretanto, um dever de respeito pode decorrer de um direito positivo e os deveres de promoção e proteção podem ser exigidos por um direito negativo. Independente da natureza positiva ou negativa, as reservas estão condicionadas pelos deveres estatais envolvidos.

fundamental na sua dimensão positiva não é plenamente determinado no plano constitucional, dessa forma, o controle judicial sobre a omissão é mais débil. Uma vez conformado pelo legislador ordinário, segundo o autor, a norma infraconstitucional passa a constituir norma de direito fundamental e qualquer restrição deve ser legitimamente justificada, atraindo o controle judicial.

Por sua vez, VIEIRA ANDRADE[563] ensina que, embora suportem um regime constitucional diferente, os direitos sociais não constituem uma categoria de natureza radicalmente diferente dos direitos, liberdades e garantias. Embora a sua dimensão principal típica exija uma conformação político- legislativa, os direitos sociais são dotados de vinculatividade quando apresentem determinação intensa do seu conteúdo a nível constitucional, quando a posição jurídica subjetiva envolva a sua dimensão negativa e quando se tratar do conteúdo nuclear do direito social, com referência direta à dignidade da pessoa humana.

Com o fundamento de que a Constituição Portuguesa expressamente consagrou um regime distinto para os direitos de liberdade (artigo 18) em comparação com os direitos sociais, há o entendimento majoritário que determina a vinculatividade jurídica e a justiciabilidade com base na classificação constitucional entre direitos de liberdade e direitos sociais. Somente os direitos, liberdades e garantias seriam diretamente aplicáveis e vinculariam entidades públicas e privadas (artigo 18, item 1), enquanto os direitos sociais dependeriam da atuação do legislador democrático e de fatores econômicos para serem exigidos judicialmente como direitos subjetivos.[564]

Não obstante, ao contrário da Constituição Portuguesa, a Constituição Federal da República Brasileira não adotou a mesma sistemática. O artigo 5º,

---

[563] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 357-358.

[564] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 171-183; MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 113-131; MORAIS, Carlos Blanco de. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional, editora Revista dos Tribunais, n. 78, jan./mar de 2012, pp. 153-228; OTERO, Paulo. Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976. In: 35º aniversário da Constituição de 1976, V. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 37-55; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Volume III, 4ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2011, pp. 1072-1075.

parágrafo 1º prevê que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, fazendo com que a doutrina majoritária suporte o entendimento de que tanto as normas de direitos de liberdade como de direitos sociais são diretamente aplicáveis. Assim sendo, diferentemente do ordenamento jurídico- constitucional português, a Constituição Brasileira adotou uma identidade de regime jurídico para os direitos de liberdade e para os sociais.[565] Entretanto, a identidade de regime entre direitos de liberdade e sociais não permite se concluir por um mesmo grau de vinculatividade jurídica e de justiciabilidade, já que estes deverão ser determinados através da análise da faculdade ou da pretensão do direito como um todo discutida no caso concreto.[566]

Embora a vinculação dos poderes constituídos seja uma decorrência natural da jusfundamentalidade do direito, a intensidade dessa vinculação e o alcance do controle judicial não são os mesmos para todos os direitos classificados como fundamentais. O grau de vinculação jurídica e de justiciabilidade vão depender mais da forma de positivação e da posição jurídica subjetiva de um dos aspectos do direito fundamental como um todo do que da classificação em direitos sociais e de liberdade [567] ou da consagração constitucional de uma aplicabilidade imediata (artigo 5º, §1º). Portanto, a mera previsão de aplicação imediata dos direitos de liberdade e sociais (artigo 5º, §1º),

---

[565] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 275; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. Revista Quaestio Iuris da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015, pp. 2080-2114. Conforme leciona SARLET (SARLET, op. cit., 2007, pp. 275): "A toda evidência, a nossa Constituição não estabeleceu distinção dessa natureza entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, encontrando-se todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico."

[566] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 230-241. SARLET classifica os direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, em que os direitos sociais poderiam assumir um caráter de defesa (liberdades sociais), como também prestacional. Em função da classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, entende que existem diferenças quanto à densidade normativa, à eficácia da norma e à existência de um direito subjetivo.

[567] Somente haveria uma distinção de vinculação jurídica e exigibilidade judicial entre direitos de liberdade e sociais quando analisada a principal dimensão dos direitos fundamentais, na medida em que prevalece a dimensão negativa no direito de liberdade e nos direitos sociais a positiva, no entanto, quando analisada uma faculdade ou posição jurídica não haveria diferença substancial.

consagrada na Constituição Federal, não é preponderante para se aferir a vinculatividade jurídica e a exigibilidade judicial do direito fundamental.

Dessa forma, parece equivocado o entendimento de parte da doutrina brasileira[568] que analisa a vinculatividade jurídica e a justiciabilidade com base em uma teoria da constituição dirigente e na doutrina de Alexy de direitos fundamentais enquanto princípios, para se concluir pela garantia de direitos subjetivos vinculantes e exigíveis perante o Poder Judiciário. Como defende essa doutrina, a falta de determinabilidade do conteúdo da norma de direito prestacional, a questão competencial e a reserva do financeiramente possível não seriam óbices para que os direitos sociais sejam reconhecidos como direitos subjetivos exigíveis judicialmente. A norma do artigo 6º da Constituição não especificaria o conteúdo integral dos direitos sociais ali previstos, pois não seria este o seu propósito, na medida em que a indeterminabilidade relativa do conteúdo teria a finalidade de fazer com que os direitos sociais se adaptassem à realidade econômica, social e cultural. Os argumentos da separação de poderes e da reserva do possível não impediriam o reconhecimento do direito,

[568] PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: Democracia, Direito e Política: Estudos em homenagem a Friedrich Müller, Editora Conceito Editorial, Florianópolis, 2006, pp. 251- 264; PIOVESAN, Flávia. Dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local. In: Tratado Luso- Brasileiro da dignidade humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 401- 416; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e transformação do direito constitucional contemporâneo. In: Democracia, Direito e Política: Estudos em homenagem a Friedrich Müller, Editora Conceito Editorial, Florianópolis, 2006, pp. 481- 492; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Editora JusPodivm, 9ª Ed., Salvador, 2015, pp. 110-119; BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 803-826; DERBLI, Felipe. O Estado de Direito ainda é Social? Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. Edição Especial, Rio de Janeiro, 2014, pp. 89-131; MEIRELES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais – Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Editora juspodivm, Salvador, 2008, p. 375-457; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 384, nota de rodapé nº 369; PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. Revista Quaestio Iuris da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015, pp. 2080-2114.

incidiriam somente no plano fático (efetividade).[569] Assim sendo, em substituição ao legislador omisso, o juiz poderia integrar a ordem jurídica e suprir eventual omissão inconstitucional, elaborando normas para o caso concreto por meio de uma interpretação criativa e integrativa.[570]

A- CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE

Um dos elementos essenciais para se conferir legitimidade à Constituição seria o princípio democrático, entretanto este princípio pode ser concretizado em diversos graus. Consequentemente, neste aspecto, as teses que reivindicam uma legitimidade para a Constituição oscilam entre aqueles que defendem uma maior efetivação do princípio democrático e os que sustentam uma menor importância deste, o que, respectivamente, em termos de teoria da Constituição, implicaria na escolha por uma constituição dirigente ou por uma constituição-quadro.[571]

Parte da doutrina brasileira defende a concepção de uma constituição dirigente como decorrência lógica da adoção do Estado Social, em que a aplicação das normas constitucionais seria uma mera tarefa interpretativa das decisões do Poder Constituinte, estabelecidas em metas programáticas. Segundo essa doutrina[572], as normas constitucionais teriam uma eficácia

[569] MEIRELES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais – Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Editora juspodivm, Salvador, 2008, p. 375-457.
[570] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das omissões do Poder Público. Editora Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 363; MEIRELES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais – Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Editora juspodivm, Salvador, 2008, p. 448-457.
[571] CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição. Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994, pp. 27-28.
[572] PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: Democracia, Direito e Política: Estudos em homenagem a Friedrich Müller, Editora Conceito Editorial, Florianópolis, 2006, pp. 251- 264; PIOVESAN, Flávia. Dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local. In: Tratado Luso- Brasileiro da dignidade humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 401- 416; BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e transformação do direito constitucional contemporâneo. In: Democracia, Direito e Política: Estudos em homenagem a Friedrich

vinculante e diretiva para transformação da sociedade, caso em que o legislador democrático estaria obrigado a atender aos programas já predeterminados na Constituição. Em consequência, o Judiciário como último intérprete da Constituição poderia decidir sobre a legitimidade das políticas públicas e, em caso de omissão do legislador democrático, poderia concretizar supletivamente os preceitos constitucionais. Em última análise, por intermédio da judicialização de questões políticas, sempre caberia ao Poder Judiciário decidir se a opção da maioria estaria cumprindo a vontade do Poder Constituinte.

Entende CUNHA JÚNIOR [573] que a Constituição Dirigente seria um fenômeno estritamente ligado ao Estado Social. Através da Constituição desse novo modelo de Estado, denominada de Constituição Dirigente, seria preestabelecido um plano de direção e de transformação social, por meio de um esboço programático de implementação de uma nova ordem socioeconômica. A função do Estado já não se resumiria a defender as liberdades públicas, mas também assumiria uma posição de devedor social, com a obrigação de implementar políticas públicas para atender às demandas sociais. Não obstante a indeterminação e abertura das normas programáticas, os Tribunais deveriam aplicar e concretizar essas normas, já que todos os atos e omissões do Poder Público que violem a Constituição devem ser submetidos à censura do Poder Judiciário.

Müller, Editora Conceito Editorial, Florianópolis, 2006, pp. 481- 492; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Editora JusPodivm, 9ª Ed., Salvador, 2015, pp. 110-119; BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 803-826; DERBLI, Felipe. O Estado de Direito ainda é Social? Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. Edição Especial, Rio de Janeiro, 2014, pp. 89-131; MEIRELES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais – Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Editora juspodivm, Salvador, 2008, p. 375-457; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 384, nota de rodapé nº 369.

[573] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Editora JusPodivm, 9ª Ed., Salvador, 2015, pp. 110-119. Conforme entende CUNHA JÚNIOR (CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. Editora JusPodivm, 9ª Ed., Salvador, 2015, p. 112) “A ideia de Constituição Dirigente conduz à ideia de vinculação da política e dos órgãos de direção política, pois ela incorpora em seu texto de normas jurídicas os objetivos e as diretrizes políticas do Estado, conferindo-lhes juridicidade e, consequentemente, judicializando os fenômenos políticos.”

A concepção da constituição dirigente foi inicialmente defendida por CANOTILHO na década de 80. Como defendia CANOTILHO[574], o bloco constitucional dirigente vincularia o legislador negativa e positivamente, tanto vedaria a edição de normas que contrariassem o seu conteúdo material como estabeleceria um dever de elaboração de normas necessárias à concretização do comando constitucional.

No campo dos direitos sociais, as imposições constitucionais previstas em normas programáticas se mostravam uma maneira relevante de impor ao legislador a concretização de prestações positivas. Através do denominado bloco constitucional dirigente, estariam postos os fundamentos constitucionais para a política, revelando imposições de diretivas materiais por meio da consagração de um catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais.[575] Entretanto, o mesmo CANOTILHO[576] entende que estaria superada tal teoria.

Entende CANOTILHO[577] que as constituições dirigentes, entendidas como constituições programático- estatais, importariam em eleger o Estado como agente exclusivo de transformação social e o Direito como a única direção

---

[574] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das normas constitucionais programáticas. Editora Coimbra, 2ª Ed., Coimbra, 2001, pp. 244-245.

[575] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das normas constitucionais programáticas. Editora Coimbra, 2ª Ed., Coimbra, 2001, pp. 364; pp. 463-464.

[576] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das normas constitucionais programáticas. Editora Coimbra, 2ª Ed., Coimbra, 2001, pp. VI- XXX. Segundo o autor (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional na encruzilhada do milênio. De uma disciplina dirigente a disciplina dirigida. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 183-184) "Naturalmente, o direito constitucional também não fugiu a este processo de subordinação: deixou de ser uma disciplina dirigente para se volver em disciplina dirigida."
No mesmo sentido, segundo CANOTILHO (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 217-218): "Hoje, em virtude da transformação do papel do Estado, o programa constitucional assume mais o papel de legitimador da socialidade estatal do que a função de um direito dirigente do centro político."

[577] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever a Constituição Dirigente ou romper. *In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 101-129; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Estado Pós-moderno e Constituição sem sujeito. *In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 131-162.

a ser tomada pelo Estado. Ao pretender transformar o Direito como instrumento dirigente da sociedade, peca-se por estatizar todos os aspectos da vida social e por desprezar outros fatores políticos a que estão sujeitos os Estados modernos, principalmente decorrentes da globalização. CANOTILHO[578] crítica ainda a equiparação realizada por alguns autores brasileiros[579] entre a teoria da constituição dirigente e a ideologia socialista, uma vez que uma diria respeito ao plano jurídico- constitucional enquanto a outra seria uma ideologia constitucional. Por isso, a normatividade diferenciada não poderia levar ao propósito deliberado de uma revolução socialista através da Constituição.

Adotando um conceito de identidade reflexiva, CANOTILHO[580] entende que as normas estruturantes da ordem jurídico- constitucional (identidade da Constituição) devem estar articuladas com as formas de evolução da Constituição (desenvolvimento constitucional), de maneira a preservar sua capacidade de se adequar à realidade da sociedade e dos cidadãos (capacidade de prestação). A inserção de fórmulas emancipatórias na Constituição, como a adoção de medidas diretivas para a transição para o socialismo, seria contrária à identidade reflexiva e, por isso, não representaria reforço à normatividade constitucional.

Embora fosse ética e juridicamente justificável a inserção dos direitos sociais no catálogo dos direitos fundamentais na Constituição, com fundamento na dignidade da pessoa humana, não se pode confundir a sua importância jusfundamental pela sua previsão constitucional e a imposição constitucional de

---

[578] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever a Constituição Dirigente ou romper. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 101-129.

[579] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 42; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. A Nova Constituição Brasileira: Constituição Dirigente ou Constituição- Plano. Ed. Convivium nº 6, São Paulo, 1988 apud CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever a Constituição Dirigente ou romper. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 101-129.

[580] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever a Constituição Dirigente ou romper. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 101-129. CANOTILHO adota o conceito de um constitucionalismo moralmente reflexivo, em que deveria restar preservada a estruturação moral dos pactos fundadores (princípios estruturantes) e sujeita ao desenvolvimento constitucional para se adequar à realidade social.

medidas conformadoras de políticas públicas de direitos econômicos, sociais e culturais. A imposição de medidas diretivas de políticas pública sociais pode levar à crise do Estado Social e à própria ingovernabilidade, o que representa uma clara dessintonia com a proposta emancipatória constitucional.[581] Conforme valiosa lição da VIEIRA ANDRADE[582], "(...) as forças vivas de uma comunidade não se resignam (senão, quando muito, transitoriamente) a cumprir com subserviência um destino legado em testamento, muitas vezes elaborado em época de euforia utopista."

Leciona CANOTILHO [583] que haveria um aspecto da democracia, chamada de democracia econômica, social e cultural, em que a incumbência de implementação dos direitos sociais seria do legislador democrático. Registre-se que, em vez da utilização do termo princípio da socialidade, como utiliza a Constituição Alemã, prefere o autor a expressão democracia econômica, social e cultural, uma vez que, conforme menciona, seria o termo tecnicamente correto em virtude da previsão do artigo 2º da Constituição Portuguesa. O princípio da democracia econômica, social e cultural seria um mandato constitucional juridicamente vinculativo, que limitaria a discricionariedade dos órgãos democráticos no desenvolvimento de uma política econômica e social. A limitação da discricionariedade incidiria sobre o *"se"* da atuação, deixando uma grande margem de decisão sobre o *"como"* da concretização. Como princípio jurídico fundamental, cujo objetivo e a tarefa devem ser desempenhados pelo legislador democrático, em regra, não poderia fundamentar pretensões subjetivas perante o Poder Judiciário.[584] Isto porque seria impossível ao Poder

[581] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever a Constituição Dirigente ou romper. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 101-129.

[582] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, p. 206, nota de rodapé 41. Segundo VIEIRA ANDRADE (ANDRADE, op. cit., 2012, p. 380- 381), "(...) a Constituição é um quadro normativo aberto que implica e exprime uma unidade de sentido cultural e não pode ser nem tornar- se um programa de governo, regulando de forma exaustiva as situações e os factos políticos."

[583] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 335-354.

[584] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 335-354. O autor ressalta a possibilidade do princípio da democracia econômica, social e cultural ser dotado de eficácia vinculante no caso de arbitrária inatividade do legislador, no caso de particulares situações de necessidade, com base no princípio da defesa de condições mínimas de existência, e

Constituinte determinar de forma unívoca e completa todas as decisões a serem tomadas pela maioria democrática. Somente determinados aspectos já estariam previamente definidos pelo Poder Constituinte, notadamente alguns limites impostos ao Poder Público pelos direitos fundamentais. Tudo que fosse além disso, a Constituição somente permitiria e orientaria a atuação do legislador democrático quanto à decisão política a ser tomada, em nome do princípio da alternância democrática.[585]

A vinculação aos preceitos constitucionais já foi estudada pela doutrina alemã, sob o tema da sobreconstitucionalização e da subconstitucionalização. Criticava- se a concepção dos direitos fundamentais como princípios materiais supremos do ordenamento jurídico, concebidos como normas- princípios com tendência para a otimização. Isto porque resultaria em uma mitigação do processo democrático e uma consequente sobreconstitucionalização, em que o Tribunal Constitucional poderia impor o ordenamento constitucional por força de decisões de ponderação, sem qualquer espaço de decisão para o legislador democrático. A ideia de Constituição como ordenação- quadro era frequentemente contraposta àquela de Constituição como ordenação fundamental.

Segundo BÖCKENFÖRDE[586], a teoria de direitos fundamentais como princípios importaria na adoção do conceito de ordem- fundamento, em que o legislador perderia toda a sua autonomia e, com isso, a sua atividade se esgotaria em uma mera declaração daquilo que já foi decidido pelo Poder Constituinte, com nítida incompatibilidade com os princípios democrático e da separação de poderes.

---

no caso do legislador intervir restritivamente na legislação social, com a violação do mínimo de existência condigna.

[585] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 217-218; pp. 1436-1438; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia “Fuzzy” e “Camaleões Normativos” na problemática actual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. In: Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 115-136.

[586] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik. Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt am Main: Suhrkamp, Frankfurt, 1991 apud ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 578-584.

Por sua vez, ALEXY[587] defende que a teoria de direitos fundamentais como princípios não acarreta obrigatoriamente a defesa da Constituição como ordem- fundamento, com uma total exclusão da liberdade do legislador. Para o doutrinador alemão, a concepção de ordem- moldura seria um conceito formal e a questão debatida seria em torno dos critérios para a determinação do conteúdo de uma Constituição como ordem- moldura.

Em um modelo de Constituição meramente formal, não se imporia ao legislador nenhum dever ou proibição substancial, assim, a liberdade do legislador seria substancialmente ilimitada, bastaria que fossem respeitadas as regras de competência, procedimento e forma. Como menciona ALEXY[588], esse critério seria incompatível com a vinculação do legislador aos direitos fundamentais, uma vez que não são impostos limites jurídicos substanciais.

O oposto do modelo anterior seria o puramente substancial, no qual o legislador não deteria qualquer liberdade de decisão, uma vez que a Constituição já previu todos os deveres e proibições para a atividade legislativa, acarretando a violação do princípio democrático.[589]

Um terceiro modelo seria o material- procedimental, em que haveria na Constituição condutas facultadas e não- facultadas. Dessa forma, o obrigatório ou proibido seria a moldura, enquanto o interior da moldura seria aquilo que é facultado (não obrigatório e não proibido), este último aspecto consiste na discricionariedade do legislador.[590]

Por outro lado, ALEXY[591] diferencia ordem fundamento qualitativa e ordem fundamento quantitativa. Enquanto a quantitativa estabelece sempre uma proibição ou um dever (nada faculta e tudo regula), em contraposição ao conceito de ordem moldura, a ordem fundamento qualitativa ou substancial seria

[587] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 578-584.
[588] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 578-584.
[589] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 578-584.
[590] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 578-584.
[591] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 578-584.

compatível com ordem moldura. Através da ordem fundamento qualitativa, a Constituição decide somente questões fundamentais para a sociedade, entretanto, confere liberdade ao legislador democrático para decidir sobre outras questões. Portanto, leciona ALEXY que não há contradição entre a ordenação fundamental qualitativa e a ordenação- quadro, uma vez que o espaço estrutural (ausência de proibições e mandamentos definitivos), conferido ao legislador democrático, começa onde termina a normatividade material definida na Constituição e o controle judicial termina onde se inicia o espaço estrutural.

Como ensina ALEXY[592], a ordenação- quadro consiste em que "(...) o proibido pode designar-se jurídico- constitucionalmente como impossível, o ordenado jurídico- constitucionalmente como necessário e o liberado jurídico-constitucionalmente como possível". Assim, conclui ALEXY[593] que uma boa Constituição deve ser uma ordem moldura e uma ordem fundamento ao mesmo tempo, no sentido de que devem ser estabelecidos deveres e proibições diretamente pela Constituição, como forma de preservação de questões fundamentais para a comunidade, ao mesmo tempo em que devem ser possíveis decisões discricionárias pelo legislador democrático. Essa discricionariedade estrutural englobaria a liberdade para definir objetivos, para escolher meios e para sopesar.

Não se pode abdicar da concepção de ordem moldura para a Constituição, na medida em que se adequa melhor ao pluralismo social e político adotado pela Carta brasileira. Há o reconhecimento de que a Constituição é um processo público que se desenvolve em uma sociedade aberta em constante transformação e que, por isso, carece de uma atualização concretizante,

---

[592] ALEXY, Robert. Direitos Constitucional e Direito Ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 77-78.

[593] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 578-611; ALEXY, Robert. Direitos Constitucional e Direito Ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 71-92. Segundo ALEXY (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 584) "(...) uma constituição pode decidir questões fundamentais, e, nesse sentido, ser uma ordem fundamento, e, mesmo assim, deixar muitas questões em aberto, e, nesse sentido, ser uma ordem moldura. De acordo com a teoria dos princípios, uma boa constituição deve conciliar as duas coisas."

principalmente através do legislador democrático.[594] A Constituição estabelece princípios relevantes para uma sociedade aberta, que servem como parâmetros para o legislador.[595] Especificamente quanto aos direitos fundamentais em sua dimensão positiva, não se pode admitir que o Poder Constituinte tenha de antemão decidido todas as questões para sua implementação. Por isso, em nome do princípio da alternância democrática, deve- se entender que as normas constitucionais são parâmetros a serem obedecidos pelo legislador na sua liberdade de efetivação de direitos fundamentais em sua dimensão positiva.

Por outro lado, a defesa de uma Constituição dirigente e a respectiva juridicização do político provocam no cenário brasileiro um profundo desestímulo pela participação política do cidadão, na medida em que a proteção de direitos pela via judicial acaba sendo mais célere que a mobilização social e política. Com isso, desenvolveu- se uma crença no cidadão de que o Poder Judiciário seria a instituição incumbida de modificar a realidade social, através da interpretação e aplicação de normas constitucionais de direitos sociais. Some-se a isso, o fato da concepção democrática atravessar por um intenso questionamento, principalmente em decorrência da crise do modelo representativo, da descrença nas instituições democráticas e da exacerbação do individualismo. O cidadão brasileiro, por não acreditar em seus representantes, deixa de se interessar por participar e interferir nas principais decisões estatais, fazendo com que o exercício da cidadania seja enfraquecido e a mudança da realidade social seja confiada ao Órgão Judicial.

---

[594] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1435-1441; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 61-90; ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 380-381.

[595] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1436-1438; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodologia "Fuzzy" e "Camaleões Normativos" na problemática actual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. In: Estudos sobre Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 115-136; BRITO, Miguel Nogueira de. Lições de Introdução à teoria da Constituição. Lisboa, 2013, pp. 23-24. Nesse sentido, CANOTILHO (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Sentido do tema e do problema. *In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 35) menciona: "Continuamos a defender a Constituição como lei-quadro fundamental condensadora de premissas materialmente políticas, económicas e sociais."

A judicialização do político e a respectiva propositura de ações judiciais como única forma de obtenção de uma prestação social exacerba o individualismo e contribui para a formação de uma cidadania passiva, em que o exercício dos direitos fundamentais fica subordinado a uma decisão judicial. Para piorar a situação, como a Justiça ainda não é acessível a todos, somente cidadãos com recursos obtêm o bem jusfundamental pretendido, relevando um sistema em que a desigualdade social é perpetuada.[596]

B- A DOUTRINA DE ALEXY: DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS COMO PRINCÍPIOS

A doutrina dos direitos fundamentais como princípios de ALEXY[597] entende que os direitos de liberdade e os sociais, independente da dimensão positiva ou negativa, seriam dotados da mesma vinculatividade jurídica e exigibilidade judicial. Tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais seriam determinados por meio da mesma técnica de sopesamento, a diferença seria que, no que se refere aos direitos sociais, seria colocado de um lado a igualdade fática e a liberdade fática e, de outro lado, seriam postos a liberdade jurídica, a igualdade jurídica e a competência da maioria para decidir. Esta última englobaria a liberdade do legislador para decidir e para alocar recursos, em consideração aos princípios democrático e da separação de poderes.[598]

Dessa forma, em um primeiro momento, todas as condutas que tivessem correspondência com a norma constitucional seriam exercício de direito fundamental. Para a determinação do conteúdo do direito social, ALEXY[599]

---

[596] SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 197-222.
[597] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 415- 432, pp. 511-519; ALEXY, Robert. Derechos sociales y ponderación. In: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madri, 2007, pp. 45-84; ALEXY, Robert. Colisão de Direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 55-69.
[598] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 415-429; pp. 446-450; pp. 511-519.
[599] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 193- 248; ALEXY, Robert. Direitos

entende que o âmbito de proteção da norma de direito fundamental consistiria em um suporte fático que contemplasse tudo que militasse em favor dessa proteção, caso em que deveriam ser adotadas interpretações amplas e qualquer forma de exercício do direito que tivesse relação com o suporte fático seria exercício de direito fundamental. Somente após o sopesamento, seria determinado o conteúdo definitivo do direito social que pode ser exigido do Estado.

O direito social poderia ser realizado em seu mínimo, correspondente ao máximo de restrição sobre a igualdade fática e a liberdade fática, resultando no mínimo existencial. Bem como poderia ser exigido no seu máximo, quando menor seria a restrição sobre a igualdade fática e a liberdade fática. Nesse sentido, o juiz poderia decidir sobre a justa distribuição de bens sociais já que a finalidade das normas de direitos fundamentais seria justamente de proteger o indivíduo contra a maioria ocasional. Segundo ALEXY[600], como os direitos fundamentais teriam justamente o objetivo de garantir o exercício de direitos contra a maioria, não se poderia deixar ao legislador democrático a decisão discricionária sobre o conteúdo do direito social. Assim como ocorre com os tradicionais direitos de liberdade, não poderia um direito fundamental social ficar à mercê da boa vontade do legislador.

Na própria Alemanha a doutrina de Alexy é bastante questionada. JESTAEDT[601] critica a classificação da competência legislativa como um princípio formal, na medida em que a competência seria um atributo decorrente de lei e, por isso, não seria passível de ser otimizada, pois somente se tem a opção de se cumprir a lei ou não.

Fundamentais, ponderação e racionalidade. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 105-116.

[600] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 193- 248; pp. 415-432; pp. 461-470; pp. 511-519.

[601] JESTAEDT, Matthias. Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999, p. 72 e segs. apud SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 915-937.

Na doutrina de Alexy o conteúdo do direito social resulta da ponderação indevida entre princípios materiais e formais, importando em críticas da doutrina sob o argumento de que seria indevida a ponderação entre princípios materiais e princípios formais, por se tratarem de grandezas distintas. Além disso, a ponderação do princípio competencial da separação de poderes pode acarretar a violação da supremacia e da rigidez constitucionais, na medida em que o juiz poderia se imiscuir em questões de competência definidas originariamente pelo Poder Constituinte. Isto porque ponderar a competência dos órgãos constituídos é desconsiderar a vontade do Poder Constituinte e, com isso, a própria Constituição. Nesse caso, o juiz seria dotado de um superpoder para superar aquilo que foi decidido pelo Poder Constituinte e atribuir para si a competência para decidir sobre questões políticas e de alocação de recursos. Decisões estas que devem ser tomadas pela maioria democrática, em decorrência dos princípios democrático e da separação de poderes.[602]

A concepção de Alexy também atrairia o inconveniente de se exigir do legislador sempre a melhor e a mais ampla realização dos direitos sociais. Isto faria com que houvesse um constante estado de inconstitucionalidade por omissão e, com isso, sempre fosse submetida a decisão final sobre a realização dos direitos sociais ao crivo do Judiciário. Como resultado, as decisões sobre o emprego dos recursos disponíveis e o melhor meio de realização do direito seriam sempre tomadas ao final pelo juiz. [603]

Como os direitos fundamentais com estrutura positiva ensejariam um estado de omissão inconstitucional permanente, também haveria uma dificuldade para o exercício da fiscalização judicial sobre a inconstitucionalidade da omissão. A mesma indeterminação do conteúdo do direito fundamental na sua dimensão positiva impediria a aplicação de uma teoria externa da restrição, em que se deve analisar o âmbito de proteção do direito e a legitimidade da restrição. Como a determinação do âmbito de proteção e a análise da constitucionalidade da afetação ocorrem no mesmo momento, somente seria

[602] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 189-237.
[603] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 189-237.

possível a verificação da violação do conteúdo normativo do direito, por meio de uma teoria interna.[604]

A concepção radicalmente ampliativa do conteúdo do direito *prima facie* ainda pode importar em afronta ao princípio da igualdade material previsto na Constituição, uma vez que mesmo os indivíduos com recursos financeiros poderiam exigir prestações sociais do poder público, enquanto que, considerando a escassez moderada de recursos, pessoas carentes poderiam deixar de ter suas necessidades atendidas. [605] Especificamente quanto à realidade brasileira, essa perspectiva de que a norma garantiria *prima facie* tudo acaba por ocasionar a transferência de recursos para cidadãos que têm melhores condições financeiras, em detrimento da grande massa carente da população brasileira. Isto porque é notório que o acesso ao Poder Judiciário no Brasil ainda está ligado à capacidade financeira do indivíduo. O reconhecimento judicial de direitos sociais para a classe média, que possui condições de aceder ao Judiciário, teria como consequência a falta de recursos para o atendimento dos anseios sociais de classes sociais mais carentes, sem capacidade financeira para litigar judicialmente.[606]

Por outro lado, a teoria de Alexy foi desenvolvida no âmbito do ordenamento jurídico alemão, onde não estão consagrados expressamente os direitos sociais como fundamentais. Por conta disso, a ponderação entre os princípios da igualdade fática e da liberdade fática e os princípios da igualdade jurídica, da liberdade jurídica e da competência do legislador, se mostra despropositada para a realidade constitucional brasileira, que prevê expressamente na Constituição direitos sociais como fundamentais.

---

[604] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 27; pp. 223-237.
[605] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 27; pp. 223-237.
[606] SILVA, Virgílio Afonso da. Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights. Disponível em: http:// http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.624.9890&rep=rep1&type=pdf; acesso em 13 de novembro de 2020. Com base em dados empíricos, o autor critica o reconhecimento de direitos sociais pelo Poder Judiciário, com a respectiva transferência de recursos de pobres para a classe média.

9- VINCULATIVIDADE JURÍDICA E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A análise da vinculatividade jurídica e da justiciabilidade dos direitos sociais no ordenamento jurídico- constitucional brasileiro passa pela interpretação conferida ao artigo 5º, § 1º da Constituição, que prevê que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Uma doutrina minoritária[607] sustenta uma interpretação restritiva da norma, salientando que o Poder Constituinte disse mais do que gostaria, ou seja, não representaria a vontade do Poder Constituinte a aplicação de forma ampla para todas as categorias de direitos. Portanto, as normas de direitos sociais não seriam dotadas de aplicação imediata.

Embora o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal esteja situado em artigo que trata especificamente de direitos de liberdade, a doutrina brasileira majoritária[608] entende que na expressão "direitos e garantias fundamentais" deve-se incluir os direitos fundamentais sociais. Isto porque o dispositivo utiliza a expressão genérica "direitos e garantias fundamentais", a mesma expressão utilizada pela Constituição no Título II, que em seus capítulos trata de todas as categorias de direitos fundamentais, não permitindo uma interpretação literal restritiva para se concluir pela sua aplicação somente a determinadas espécies de direitos.

A aplicação imediata prevista no artigo 5º, § 1º deve ser conferida indistintamente aos direitos de liberdade e aos direitos sociais. A interpretação de que as normas constitucionais de direitos sociais são imediatamente aplicáveis está em consonância com a importância jusfundamental conferida a esses direitos e ao papel do princípio da socialidade como princípio estruturante da Constituição Brasileira. Além da interpretação do artigo 5º, §1º, impor a

---

[607] GEBRAN NETO, João Pedro. A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipadora. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, pp. 158.

[608] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 274-275; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das omissões do Poder Público. Editora Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 262; GRAU, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, pp. 126.

existência de um mesmo regime jurídico para os direitos de liberdade e para os sociais, ordena que seja conferida máxima vinculatividade jurídica e justiciabilidade às normas de direitos fundamentais.

Discute-se qual seria o alcance da norma do artigo 5º, §1º, uma vez que, com a teoria da força normativa da Constituição, a partir da metade do século XX, todas as normas constitucionais são dotadas de eficácia, mesmo as tradicionalmente classificadas pela doutrina como programáticas. A mera consagração na Constituição permite que a norma produza alguns efeitos jurídicos imediatos e seja juridicamente vinculante, independentemente de conformação legislativa. Portanto, o artigo 5º, § 1º não pode ser interpretado de forma a conferir às normas de direitos fundamentais a mesma importância jurídico-constitucional, quando comparadas com as demais normas constitucionais.

A norma do artigo 5º, §1º coloca os direitos fundamentais em um patamar qualitativamente superior do que a mera produção imediata de efeitos jurídicos. A norma do artigo 5º, § 1º confere uma vinculatividade jurídica qualificada às normas de direitos fundamentais, de forma a permitir que, sempre que possível, o titular possa reivindicar judicialmente um direito subjetivo diretamente da norma de direito fundamental, sem qualquer necessidade de intermediação legislativa. Caso se possa interpretativamente determinar algum conteúdo da norma constitucional de direito fundamental, mesmo que se trate de um direito social prestacional, essa parte deve ser imediatamente aplicada, com ampla vinculatividade jurídica e justiciabilidade.

Não obstante a aplicação imediata, não se pode conferir ao artigo 5º, § 1º, uma interpretação que resulte sempre na existência de direitos subjetivos a serem reivindicados judicialmente, notadamente quando a norma de direito fundamental não possua suficiente determinabilidade. A vinculatividade jurídica e a justiciabilidade podem ser mais débeis, uma vez que a plena eficácia da norma pode depender de decisões da maioria, principalmente quando se tratar de alocação de recursos. Pouco importa que se trate de um direito de liberdade ou de um direito social, caso não se possa determinar o conteúdo do direito fundamental, o titular não poderá reivindicar um direito subjetivo judicialmente.

A aplicabilidade imediata teve origem na Constituição de *Bona* e, posteriormente, foi encampada pelos textos constitucionais da Espanha,

Portugal e Brasil, significando que os direitos fundamentais não podem ser rebaixados a simples declarações políticas ou normas programáticas. Entretanto, a afirmação de vinculatividade jurídica não exclui uma possível necessidade de uma maior densificação por meio de lei.[609]

Especificamente sobre a aplicabilidade dos direitos, liberdades e garantias previstos na Constituição Portuguesa, VIEIRA ANDRADE[610] leciona que a aplicabilidade direta não equivale à exequibilidade imediata, uma vez que o exercício efetivo dos referidos direitos pode necessariamente depender de uma regulação complementar, de uma organização ou de um procedimento. Nessa hipótese, segundo denomina VIEIRA ANDRADE, a aplicabilidade direta representaria uma *'deverosidade estrita'* da intervenção legislativa, no sentido de que deve ser assegurada a prestação legislativa e a realização de demais atos necessários para o exercício do direito.

Ainda no âmbito da doutrina portuguesa, REIS NOVAIS[611] informa que a aplicabilidade direta é uma característica do direito, que já nasce com ele, o Poder Constituinte não a pode criar. Considerando a principal dimensão do direito fundamental, não se poderia olvidar da menor determinabilidade do direito social em sua dimensão principal prestacional no plano constitucional. Essa diferença entre direitos de liberdade e direitos sociais somente existiria quando

---

[609] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever a Constituição Dirigente ou romper". In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 101-129. Analisando especificamente o artigo 5º, §1º da Constituição Brasileira, aduz CANOTILHO (CANOTILHO, op. cit., 2017, pp. 117-118) que "(...) o problema está, não na contestação da bondade política e dogmática da vinculatividade imediata, mas no alargamento não sustentável da normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras de interpositivo legislativa. É o que acontece, a nosso ver, com a acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata, consagrado no art. 5º, LXXVII, 1º, da Constituição Brasileira, a todos os direitos e garantias fundamentais, de forma a abranger indiscriminadamente os direitos sociais consagrados no Capítulo II, no caso de existência de omissões inconstitucionais."

[610] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, p. 193-205. Como informa VIEIRA ANDRADE, como o conteúdo do direito pode ser determinado a nível constitucional, a prestação legislativa seria obrigatória e vinculada. Embora o autor admitida que o juiz possa declarar a existência, o conteúdo e o limite do direito individual, isso não seria possível em relação aos direitos sociais, salvo quanto a um mínimo.

[611] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 358-373; NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 146-160.

se tratasse da dimensão principal do direito fundamental e em abstrato, deixando de ser relevante quando envolvesse uma posição jurídica subjetiva no caso concreto, referente a uma faculdade do direito fundamental como um todo, caso em que seriam identificadas normas diretamente aplicáveis no campo dos direitos sociais e dos direitos de liberdade.

Leciona REIS NOVAIS[612] que a aplicabilidade direta estaria intimamente conectada com a possibilidade de determinação do conteúdo da norma. Caso seja possível interpretativamente determinar algum conteúdo normativo da norma constitucional, mesmo quando se trate de um direito social prestacional, esse mesmo conteúdo deve ser diretamente aplicável, o que se daria quando a norma tivesse estrutura de regra constitucional, a norma assegurasse o mínimo existencial como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, a norma garantisse o mínimo social assegurado pelo princípio da proibição do défice ou a norma constitucional fosse concretizada pelo legislador ordinário.

A doutrina brasileira controverte sobre o alcance da norma do artigo 5º, § 1º da Constituição, desde um posicionamento que garante um direito subjetivo extraído diretamente da norma constitucional até o entendimento da necessidade de intermediação do legislador democrático para que a norma tenha eficácia.

Para FERREIRA FILHO[613] não se pode conferir eficácia imediata à norma constitucional quando não estiver dotada de suficiente densidade normativa, não se poderia modificar a natureza das coisas pela simples imposição da norma do artigo 5º, §1º.

Por sua vez, CUNHA JÚNIOR[614] defende que a norma princípio do artigo 5º, §1º tem como objetivo assegurar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem que seja necessária qualquer intermediação do legislador democrático, garantindo um direito subjetivo exigível em juízo mesmo diante de uma omissão legislativa para a sua concretização.

---

[612] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 358-373; NOVAIS, Jorge Reis. Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa. Editora Almedina, Coimbra, 2020, pp. 146-160.

[613] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Direitos Humanos Fundamentais. Ed. Saraiva, São Paulo, 2000, pp. 100.

[614] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das omissões do Poder Público. Editora Saraiva, São Paulo, 2004, pp. 268-269.

Defendendo também a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais, EROS GRAU[615] entende que, além da previsão da aplicação direta prevista no artigo 5º, §1º, não haveria norma programática na Constituição por conta da previsão de garantias processuais destinadas a combater a omissão inconstitucional, como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Por força do artigo 5º, §1º da Constituição, o Poder Judiciário deve assegurar plena eficácia às normas de direitos fundamentais e remover eventuais lacunas decorrentes da falta de concretização.

Adotando uma posição intermediária entre as anteriores, CELSO BASTOS[616] sustenta que as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis, ressalvadas as hipóteses em que a Constituição disponha expressamente acerca da necessidade de intermediação pelo legislador democrático e em que a norma de direito fundamental não detenha elementos normativos mínimos para sua aplicação direta.

Ensina SARLET[617] que a norma do artigo 5º, §1º não deve ser aplicada como se tratasse de uma regra, por meio da lógica do tudo ou nada, portanto, o alcance da norma e o respectivo *quantum* de aplicabilidade e eficácia dependerão do exame do caso em concreto. Como mandado de otimização, os poderes constituídos devem reconhecer o máximo de eficácia possível aos direitos fundamentais. Isto porque, através da norma do artigo 5º, §1º, o Poder Constituinte teria conferido um reforço de eficácia e aplicabilidade aos direitos fundamentais em relação às demais normas constitucionais, em que a fundamentalidade atrairia como consequência uma presunção de aplicabilidade imediata e plena eficácia, eventual recusa de aplicação deve ser fundamentada e justificada. Logo, a aplicabilidade imediata e a eficácia plena seriam a regra

---

[615] GRAU, Eros Roberto. Direito, conceitos e normas jurídicas. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988, pp. 322 e segs. Segundo SARLET (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 283), existem empecilhos para a adoção dessa posição, notadamente quando se tratar de direitos sociais de natureza prestacional, tendo em vista a falta de legitimação dos Tribunais para implementação de programas socioeconômicos, os limites impostos pela reserva do possível e a colisão entre os direitos fundamentais.

[616] BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. Volume 2, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989, pp.393.

[617] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 273-288.

quanto aos direitos fundamentais, as exceções deveriam ser justificadas de acordo com o caso concreto.

Defende SARLET[618] que a eficácia jurídica e a respectiva aplicabilidade da norma de direito fundamental estariam condicionadas pela técnica de positivação e a posição jurídica outorgada aos particulares. Considerando que o mesmo dispositivo constitucional pode resultar em diversas normas, quanto à técnica de positivação, entende que a carga eficacial depende da previsão do direito fundamental em uma norma programática ou em uma norma em que se possa reconhecer um direito subjetivo de plano. Em relação à posição jurídica, os direitos de defesa exigem uma abstenção do Estado, por isso, as normas seriam plenamente aplicáveis e os direitos seriam exigíveis judicialmente como direitos subjetivos, ao passo que os direitos prestacionais dependeriam de atuação estatal, caso em que as normas não seriam dotadas de plena eficácia e dependeriam da intermediação do legislador para serem reivindicados como direitos subjetivos. Conclui o autor que os direitos prestacionais estão positivados em normas programáticas ou normas- objetivo, dependendo de interposição legislativa.

A norma do artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição constitui um mandado de otimização, em que se deve conferir à norma constitucional de direito fundamental o máximo de eficácia possível. De acordo com sua densidade normativa, sempre que for possível, deve-se possibilitar à posição jurídica subjetiva uma maior vinculatividade jurídica e justiciabilidade. Através da análise da dimensão principal do direito fundamental, não será possível extrair a máxima vinculatividade jurídica e justiciabilidade. Dessa forma, para se conferir a mesma importância jusfundamental aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, como determina a norma do artigo 5º, §1º da Constituição, além da técnica de positivação, deve ser analisada a pretensão ou a faculdade do direito como um todo, de maneira a se concluir por uma máxima e semelhante vinculatividade jurídica e justiciabilidade para os direitos fundamentais.

[618] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 268-288.

10- VINCULATIVIDADE JURÍDICA E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA DIMENSÃO POSITIVA

Tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais detêm uma dimensão positiva e outra negativa, quando analisada a posição jurídica subjetiva em concreto. Na dimensão negativa, quer seja direito social quer seja direito de liberdade, a norma constitucional previamente determina o conteúdo do direito e, em virtude disso, cabe ao Poder Público não afetar a posição jurídica subjetiva garantida pela norma constitucional. A alta densidade normativa permite uma vinculatividade jurídica e uma fiscalização judicial mais intensas, uma vez que há critérios objetivos para análise do âmbito de proteção da norma e da legitimidade da restrição.[619]

Ao contrário, na dimensão positiva não se pode determinar o conteúdo do direito em nível constitucional, depende de uma decisão da maioria para se estabelecer a obrigação imposta ao Estado. Nesse caso, a violação do direito dar- se- ia pela omissão em cumprir a determinação constitucional, mas em virtude da escassa densidade, por o conteúdo não poder ser determinado através de uma mera interpretação da norma constitucional, a análise deixa de ser jurídica e passa a ser política.[620] Essa característica não se restringe aos direitos sociais em sua dimensão positiva. Quanto à vinculatividade jurídica e ao controle judicial dos direitos fundamentais na sua dimensão positiva, não há distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais, quando associados ao dever de proteção ou que exijam uma prestação normativa do legislador (por não envolver custos), na medida em que haveria uma maior liberdade do legislador e a fiscalização judicial seria mais branda.[621]

De qualquer forma, o óbice da indeterminabilidade do conteúdo da norma de direito social em sua dimensão positiva deixa de existir quando previsto em contornos definitivos e precisos por meio de regra. Como o conteúdo do direito está plenamente determinado e há uma ordem vinculante do Poder

[619] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 189-190.
[620] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 63-64; pp. 123-140.
[621] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 189-190.

Constituinte aos Poderes Constituídos, não existe margem de decisão para o legislador democrático e o controle judicial é amplo.[622] Da mesma forma, ainda que se trate de um dever de atuação do Poder Público, condizente com a dimensão positiva do direito social, o seu conteúdo passa a ser plenamente determinado a partir do momento em que o legislador tenha elaborado a norma infraconstitucional de concretização do direito. A norma infraconstitucional integra a norma constitucional e passa a constituir norma de direito fundamental, com todas as prerrogativas daí advindas. Qualquer futura restrição imposta pelo Estado necessita ser legitimamente justificada.[623]

Questão mais complicada diz respeito à determinação do conteúdo do direito social na sua dimensão positiva, por meio de uma norma- princípio da Constituição que garanta um direito *prima facie* a prestações fáticas, com necessidade de aportes financeiros estatais e sem que ainda tenha havido qualquer intermediação do legislador. Nessa hipótese, o direito social prestacional previsto constitucionalmente carece de determinação, tendo em vista a necessidade de recursos e, consequentemente, de escolhas de competência da maioria, entretanto, ainda sim seria possível extrair um conteúdo mínimo vinculante e justiciável.

---

[622] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 189-190.

[623] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 63-64; pp. 123-140.
Em sentido contrário: José Melo Alexandrino (ALEXANDRINO, José Melo. Direitos Fundamentais: introdução geral. 2ª ed. Princípia Editora, Cascais, 2011, pp. 156-157), aduzindo que os direitos a prestações derivados de lei não integrariam o direito fundamental, uma vez que não respeitariam o critério de fundamentalidade material, não seriam situações jurídicas permanentes, não seriam universais, nem seriam inalienáveis e pessoais.
Por sua vez, Jorge Miranda (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 109-110) critica o posicionamento de Reis Novais sob o fundamento de que o não cumprimento de norma legal por parte dos poderes públicos não se configura como violação ou restrição de direito fundamental.
Ainda em sentido contrário, José Carlos Vieira Andrade (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, p. 133; p. 381) defende que os direitos derivados não são direitos fundamentais, não se constitucionalizam e não integram o conjunto material dos direitos fundamentais.

Em Portugal, onde há previsão expressa de direitos sociais na Constituição, REIS NOVAIS[624] estudou de forma aprofundada a questão em obra dedicada aos direitos sociais, abordando as diversas teses sobre a determinação do conteúdo dos direitos sociais em sua dimensão positiva. Segundo o autor, com base no princípio da normatividade dos dispositivos constitucionais, algumas teses defendem a possibilidade de definição de um conteúdo mínimo extraído diretamente da norma constitucional. Informa que, dependendo da perspectiva doutrinária, a força normativa desse conteúdo mínimo está fundamentada na consagração dos direitos sociais como direitos fundamentais ou como proteção social exigida pela dignidade da pessoa humana ou decorrente do princípio da socialidade ou como condição material mínima para o exercício dos direitos de liberdade.

Uma primeira concepção determina o conteúdo mínimo do direito social por meio da assimilação do mínimo social com o mínimo existencial. Como a Constituição Alemã não prevê direitos sociais, parte da doutrina defende que o direito ao mínimo existencial seria um direito fundamental de índole social extraído diretamente da cláusula do Estado Social, da dignidade da pessoa humana, do direito de liberdade e do direito à vida. Enquanto os demais direitos sociais dependeriam da intermediação do legislador democrático, por isso, seriam direitos derivados a prestações, o direito ao mínimo existencial seria o único direito social originário a prestação e poderia ser reivindicado judicialmente.[625]

Na Alemanha, onde não há previsão expressa de direitos sociais na Constituição, a doutrina tende a não admitir direitos originários a prestações materiais. Entretanto, excepcionalmente, entende-se que quando se trata de

[624] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 189-237.
[625] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 189-237. Esse parece ser o posicionamento de VIEIRA ANDRADE (ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, p. 363-370). VIEIRA ANDRADE (ANDRADE, op. cit., 2012, pp. 369) entende que o conteúdo do direito social é determinado pela Constituição somente em um mínimo. Não se pode conferir um conteúdo normativo mais vasto pela interpretação judicial, uma vez que a determinação do conteúdo do direito social está condicionada às opções do legislador.

prestações materiais destinadas a assegurar a liberdade fática seria possível a determinação do seu conteúdo. Percebe-se que as construções doutrinárias tendem a garantir apenas uma prestação social mínima, com o propósito de se assegurar a liberdade fática.

Para STARCK[626] seria possível a determinação desse conteúdo quando o direito de liberdade dependesse de uma urgente e obrigatória prestação material; pudesse ser determinado o conteúdo da prestação; e os recursos estivessem disponíveis, sem violar a competência do legislador democrático. Consequentemente, como decorrência da dignidade da pessoa humana, o direito prestacional seria imediatamente aplicável quando se tratasse de garantir as condições existenciais mínimas (artigo 1º, inciso III).

Também atrelando o direito prestacional como pressuposto da liberdade, BREUER[627] menciona que a justiça social somente pode ser efetivada pelo Estado quando garantida a liberdade, assim, caso o indivíduo não possa exercer autonomamente sua liberdade, devem ser reconhecidos direitos subjetivos prestacionais indispensáveis à liberdade. A tarefa de determinar essa prestação mínima seria do legislador democrático, entretanto, o Poder Judiciário poderia garantir esse mínimo caso o legislador não cumprisse sua função e a liberdade do indivíduo estivesse seriamente ameaçada.

Mesmo na concepção de ALEXY[628], em que *a partida* se defende um conteúdo mais amplo para o direito social, a garantia do direito prestacional social estaria atrelada à garantia da liberdade fática, uma vez que o conteúdo do direito social seria o resultado da ponderação entre os princípios da igualdade

---

626 STARCK, Christian. *Die Grundrechte des Grundgesetzes*. Jus, 1981, pp. 242.

627 BREUER, Rüdiger. Grundrechte als Anspruchsnormen. In: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts (FS für das BVerwG). München: CH Beck, 1978, p. 91 e ss. Entende que o Poder Judiciário pode decidir sobre o padrão existencial mínimo, quando houver omissão ou desvio de finalidade do legislador democrático que coloque seriamente em risco as liberdades fundamentais.

628 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 415- 432, pp. 511-519; ALEXY, Robert. Derechos sociales y ponderación. In: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madri, 2007, pp. 45-84; ALEXY, Robert. Colisão de Direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 55-69.

fática e da liberdade fática e, de outro lado, os princípios da igualdade jurídica, da liberdade jurídica e da competência do legislador.

Em uma primeira perspectiva, o mínimo existencial seria o último nível de proteção conferido ao indivíduo para assegurar a existência física, moral e espiritual e, por isso, decorreria diretamente da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, uma segunda tese defende o mínimo existencial mais amplo e dependente do contexto sócio- cultural, em que as exigências individuais seriam fixadas de forma dinâmica, de acordo com o desenvolvimento e as disponibilidades do Estado e a evolução cultural da sociedade, tendo como finalidade assegurar prestações materiais para o desenvolvimento da personalidade, para participação e para integração comunitária.[629]

No julgamento acerca da constitucionalidade de lei que havia derrogado normas do Código Social, que asseguravam prestações estatais para indivíduos em situação de desemprego, o Tribunal Constitucional Alemão[630] analisou a vinculatividade jurídica e a justiciabilidade do direito fundamental social prestacional ao mínimo existencial. Manifestou o entendimento de que a garantia de um mínimo existencial, como direito fundamental social prestacional, decorre do princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1), conjugado com o princípio do Estado Social (artigo 20). A norma do artigo 1 declara como intocável a dignidade da pessoa humana, obrigando o Estado a respeitá-la e a protegê-la, dessa forma, não há apenas uma obrigação de não intervenção estatal, mas também de proteger a dignidade da pessoa humana positivamente. Portanto, caso o indivíduo careça de condições materiais que lhe assegurem uma existência humana condigna, o Estado está obrigado a adotar medidas que confiram o auxílio necessário para a devida proteção da dignidade da pessoa humana. Entende o Tribunal Constitucional[631] que ao dever objetivo do Estado

---

[629] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 194-199.

[630] BVerfGE 125, 175 - Hartz IV; BVerfGE 40, 121 [133]; 45, 187 [228]; 82, 60 [85]; 113, 88 [108 s.]; 123, 267 [362 s.]. Em: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. Ed. Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, São Paulo, 2016, pp. 39-47.

[631] BVerfGE 125, 175 - Hartz IV; BVerfGE 120, 125 [155 s.]; BVerfGE 80, 367 [374]; 109, 279 [319]; BVerwGE 87, 212 [214]. Em: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à

corresponde uma pretensão jurídica do titular do direito fundamental à prestação de um mínimo existencial condigno, que assegure o absolutamente necessário à manutenção de uma existência humana digna. Esse mínimo existencial condigno deve assegurar a existência física da pessoa, através de alimentação, vestuário, orçamento doméstico, habitação, calefação, higiene e saúde, como também a sua existência em contextos sociais, por meio de um mínimo de participação na vida social, cultural e política e da possibilidade de cuidar de relações interpessoais.

Em virtude do princípio do Estado de Direito e do princípio democrático, o Tribunal Constitucional Alemão[632] assentou que o legislador deve criar as condições para o exercício do mínimo existencial condigno. Embora a pretensão jurídica prestacional esteja fundamentada na Constituição (artigo 1), a abrangência dessa pretensão (tipos de demanda e meios necessários) não decorre diretamente da Constituição, dependendo de concepções sociais sobre aquilo que seja imprescindível à existência humana, da situação concreta dos indivíduos vulneráveis e dos recursos econômicos e técnicos disponíveis, por isso, a prestação deve ser definida pelo legislador. A liberdade de conformação do legislador para a determinação do conteúdo das prestações que asseguram o mínimo existencial será reduzida quando destinada a garantir o necessário à existência física da pessoa, por outro lado, será maior quando se tratar do tipo e do conteúdo da prestação direcionada à participação na vida social. De acordo com um processo transparente e racional, pode o legislador escolher o método para fixação da prestação, em um quadro de racionalidade e idoneidade, uma vez que a Constituição não impõe a escolha de um único método. Como consequência, a prestação que atenda à existência condigna deve ser periodicamente revisada e desenvolvida.

integridade física, igualdade. Ed. Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, São Paulo, 2016, pp. 39-47.

[632] BVerfGE 125, 175 - Hartz IV; BVerfGE 33, 303 [337]; 40, 237 [249]; BVerfGE 91, 93 [111 s.]; BVerfGE 66, 214 [223]; 68, 143 [153]; 82, 60 [88]; 99, 246 [260]; 112, 268 [280]; 120, 125 [155]. Em: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. Ed. Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, São Paulo, 2016, pp. 39-47.

Outrossim, como menciona o Tribunal Constitucional Alemão[633], o controle exercido pelo Tribunal deve ser comedido, para somente entender como inconstitucionais as medidas legislativas evidentemente insuficientes, por meio de um controle de evidência. O controle da proteção estende-se ao procedimento para a fixação do mínimo existencial e o correspondente controle do resultado deve ser restrito. Caso o legislador tenha investigado os fatos de maneira correta e tenha escolhido um procedimento idôneo para a fixação do mínimo existencial, não estaria ultrapassada sua margem conformadora.

A doutrina e a jurisprudência alemãs devem ser transpostas para o ordenamento brasileiro com adaptações.[634] Na Alemanha, onde não há previsão de direitos sociais na Constituição, há um esforço para que seja reconhecido o mínimo existencial como um direito fundamental social, consistente em uma garantia material mínima para o exercício do direito de liberdade. Consequentemente, na Alemanha o mínimo existencial representa uma ampliação dos deveres do Estado Social e das garantias do cidadão, através da previsão de um direito fundamental social que assegure uma prestação material mínima para o exercício da liberdade.

No entanto, a identificação entre mínimo existencial e o conteúdo mínimo do direito social enfraquece o projeto de justiça social previsto na Constituição Brasileira. Ao prever o princípio da socialidade e um amplo catálogo de direitos sociais, a Constituição almeja muito mais que assegurar um mínimo para existência condigna aos cidadãos brasileiros, tem como objetivo a promoção da justiça social através da redução das desigualdades enraizadas na sociedade brasileira. Por isso, a simples equiparação do mínimo existencial ao conteúdo mínimo da prestação social representa uma interpretação e aplicação descompromissadas da Constituição Brasileira, na medida em que o projeto do Estado Social na ordem constitucional brasileira é mais ambicioso que na

---

633 BVerfGE 125, 175 - Hartz IV; BVerfGE 82, 60 [91 s.]. Em: MARTINS, Leonardo. Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. Ed. Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, São Paulo, 2016, pp. 39-47.

634 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais. Revista Quaestio Iuris da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015, pp. 2080-2114.

Constituição Alemã, fruto da desigualdade social e econômica histórica nacional. Diferentemente da Constituição Alemã, os direitos sociais prestacionais estão consagrados na Constituição Brasileira, com estrutura jurídica de regra ou de princípio. Quando previsto em formato de regra, com alta densidade normativa, seria equivocado reduzir sua justiciabilidade e sua vinculatividade a um mínimo.[635]

Por outro lado, seria possível extrair um mínimo social da norma constitucional de direito social com vinculatividade e justiciabilidade. A existência de um mínimo social plenamente identificado, a partir da norma constitucional, seria determinado por meio do conteúdo essencial dos direitos sociais. Os mesmos fundamentos jurídicos utilizados para a garantia do mínimo existencial também deveriam assegurar o mínimo social, em uma Constituição que consagrasse direitos sociais como fundamentais, quais sejam, o princípio da socialidade, da dignidade da pessoa humana e do direito ao desenvolvimento da personalidade. Esse conteúdo essencial do direito social seria suficientemente determinado e representaria um núcleo do direito social do qual o legislador não poderia dispor. Enquanto núcleo indisponível do direito social, não estaria condicionado por decisões políticas e pela reserva do financeiramente possível, portanto, poderia ser exigido judicialmente.[636]

Assim como ocorre quanto aos direitos de liberdade, há uma subdivisão entre aqueles que entendem pela determinação de forma absoluta[637], na qual

---

[635] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 189-237; ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, p. 177. VIEIRA ANDRADE (ANDRADE, op. cit., 2012, p. 177) informa que o conteúdo do direito a prestações estaria determinado quando tenha por objeto um comportamento estatal de execução vinculada da Constituição, caso em que seria aplicável o regime dos direitos, liberdades e garantias previsto na Constituição Portuguesa.

[636] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 199-205. Esse parece ser o entendimento de JORGE MIRANDA (MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 351) ao criticar a concepção de VIEIRA ANDRADE, de que o conteúdo do direito social é determinado pela Constituição somente em um mínimo. Segundo JORGE MIRANDA deve-se conferir o 'máximo efeito útil' às normas de direitos econômicos, sociais e culturais, de forma que se possa extrair o máximo possível da determinação do seu conteúdo.

[637] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge"*. In BÖCKENFÖRDE; JEKEWITZ, RAMM (org.). Soziale Grundrechte. Heildelberg, 1981,

haveria a delimitação abstrata de um mínimo ao qual o Poder Público estaria obrigado, bem como os defensores da existência de um mínimo social relativo[638], definido em concreto de acordo com um contexto em que se relacione a disponibilidade financeira, a necessidade individual e as demandas sociais. A modalidade absoluta retira seu fundamento da dignidade da pessoa humana para se garantir um mínimo existencial, por meio da assimilação do mínimo existencial com o mínimo social, que não estaria na esfera de disponibilidade do legislador democrático. Por sua vez, a delimitação do mínimo social relativo resultaria de uma análise do contexto, por meio da aplicação do princípio da proibição do défice.

Embora haja semelhanças entre a concepção de Alexy e a doutrina do mínimo social relativo, elas não se confundem. Isto porque para Alexy o direito *prima facie* envolveria todas as prestações que o cidadão possa exigir do Estado, ao passo que na doutrina do mínimo social já se partiria de um conteúdo mínimo do direito social. Na doutrina de Alexy o conteúdo do direito social seria extraído da ponderação indevida entre princípios materiais e formais, enquanto na doutrina do mínimo social relativo a competência do juiz para analisar a omissão inconstitucional do legislador teria como fundamento a violação do conteúdo mínimo determinado pela norma constitucional ou a afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana. Pela doutrina do mínimo social, a competência do juiz decorreria da aplicação de uma norma constitucional, para garantia do mínimo social em face dos demais poderes constituídos, não haveria necessidade de ponderação de um princípio competencial.[639]

---

pp. 14 e ss. apud NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 199-205. No âmbito da doutrina brasileira: BARCELLOS, Ana Paula de. O Direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 803-826.

[638] SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia. Ed. Malheiros, São Paulo, 2009, pp 204 e ss. apud NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 205.

[639] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 223-237.

Na doutrina portuguesa, com identificação com a tese do mínimo social relativo, REIS NOVAIS[640] objetiva conciliar o princípio democrático e a garantia do direito social enquanto norma constitucional. Para tanto, defende a aplicação do princípio da proibição do défice como forma de determinação e de garantia de um conteúdo ao direito social. A aplicação desse princípio dar- se- ia em duas vertentes, que se complementariam. Em um primeiro patamar, o princípio mencionado deveria assegurar o mínimo de existência condigna como decorrência direta da garantia da dignidade da pessoa humana. Esta seria violada sempre que o indivíduo estivesse em um estado de penúria material, sem um mínimo de autodeterminação pessoal. Esse mínimo de condição básica de subsistência não poderia ceder diante de qualquer outro valor e poderia ser exigido do Estado, como um conteúdo mínimo do direito social a que o Poder Público estivesse obrigado. Esse patamar mínimo deveria ser complementado por um conteúdo relativo, baseado na razoabilidade, em que a situação pessoal do afetado não poderia configurar uma omissão inconstitucional intolerável à luz do Estado de Direito Social. Enquanto o patamar mínimo centra-se no conteúdo do direito, o princípio da razoabilidade tem como foco a situação dos afetados pela omissão estatal, de cunho relativo. Segundo o autor, por não haver uma fronteira rígida entre os dois patamares, deve a jurisprudência constitucional traçar esses limites, assim como os contornos do princípio da razoabilidade.

Outro critério para a determinação do mínimo social, para além do mínimo existencial, seria aquele adotado pela jurisprudência da Corte Constitucional da África do Sul. Com base no princípio da razoabilidade, previsto expressamente na Constituição daquele país, o Tribunal entende que o Estado pode realizar escolhas para a concretização do direito social, no entanto, a opção estatal não pode deixar o indivíduo em um estado de risco e de vulnerabilidade ao ponto de violar a sua dignidade como pessoa humana. O princípio da razoabilidade garante o acesso à prestação social diante de uma omissão estatal que não seja razoável. Não se trata de qualquer tipo de ponderação, mas de

[640] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 290-311.

aferir a razoabilidade em concreto da repercussão da omissão estatal na esfera jurídica do titular do direito. [641]

Na doutrina brasileira, adotando expressamente a teoria de Alexy e a concepção de uma Constituição Dirigente, SARLET [642] aduz que deve-se ponderar a competência do legislador democrático e a separação de poderes e, de outro lado, o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Como resultado, deve-se assegurar um direito subjetivo definitivo à prestação social, consistente no mínimo existencial, bem como, para além desse mínimo, deve-se admitir a existência de um direito social *prima facie*. Enquanto o direito ao mínimo existencial pode ser exigido judicialmente como direito subjetivo, o direito social *prima facie* depende do peso conferido aos outros bens ou valores que estejam do outro lado da balança. Através da vinculação do direito prestacional social com o direito à vida e ao princípio da dignidade da pessoa humana, sem pretensão exaustiva, o autor defende que deveriam ser assegurados os direitos ao salário mínimo, à assistência social, à previdência social e à saúde, como meio de garantia do mínimo existencial, caso em que não incidiriam os limites impostos pela questão competencial e de limitação de recursos. Dessa forma, o mínimo existencial não representaria somente o último nível de proteção conferido ao indivíduo para assegurar a existência física, moral e espiritual[643], mas também teria a finalidade de assegurar prestações materiais para o desenvolvimento da personalidade, para participação e para integração comunitária.

---

[641] Com maiores detalhes sobre a evolução da jurisprudência da Corte Constitucional da África do Sul em: NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 210-223.
[642] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 366-384.
[643] TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 313-339. Nesse ponto, a posição de TORRES parece ser minoritária na doutrina brasileira, uma vez que entende que o mínimo existencial teria como objetivo assegurar a existência física, moral e espiritual. No âmbito da doutrina portuguesa, no sentido de que seria um direito autônomo de caráter absoluto e, por isso, não ponderável, tendo como objetivo assegurar uma vida física, moral e espiritual digna ao ser humano: CORREIA, J. M. Sérvulo. Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência dos poderes. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes, Coimbra Editora, Lisboa, 2004, pp. 969- 970

A posição do autor retrata a doutrina majoritária brasileira, notadamente quanto ao caráter amplo conferido ao mínimo existencial e à existência de direitos prestacionais *prima facie*, com fundamento na teoria de Alexy. Embora a doutrina majoritária entenda pelo caráter mais amplo do mínimo existencial, há divergência quanto ao seu conteúdo. Enquanto SARLET[644] defende que as parcelas que compõe o mínimo existencial possam variar segundo o contexto (socioeconômico e cultural) e tem como fronteira demarcatória a garantia dignidade da pessoa humana, BARCELLOS[645] entende que o mínimo existencial deve ser previamente definido por meio de prestações referentes à educação fundamental, à saúde básica, à assistência aos desamparados e ao acesso à justiça.

Ainda quanto ao mínimo existencial, parte da doutrina entende que a decisão judicial não poderia substituir a competência do legislador democrático para decidir sobre a alocação dos recursos disponíveis.[646] No entanto, a doutrina majoritária e a jurisprudência[647] brasileiras entendem que o mínimo existencial não estaria sujeito às margens de decisão política ou à disponibilidade de recursos. Conforme advoga BARROSO[648], embora a dignidade da pessoa humana seja dotada de alta carga valorativa e abstração, em situações limítrofes, impõe obrigações ao Poder Público de conteúdo certo e determinado, consubstanciada em um formato de regra constitucional. Por sua vez, menciona

---

644 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 366-384.

645 BARCELLOS, Ana Paula. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pp. 247 e ss.

No mesmo sentido, BARROSO (BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed. Saraiva, São Paulo, 2006, p. 381) menciona que a dignidade da pessoa humana funcionaria como regra para garantia do mínimo existencial, incluindo pelo menos o direito à renda mínima, saúde básica, saúde fundamental e acesso à justiça.

646 TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 313-339.

647 ARE 639337 AgR tinha como objeto o direito ao acesso à educação infantil, o STF entendeu que a cláusula da reserva do possível não poderia ser invocada em face da garantia do mínimo existencial.

648 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed. Saraiva, São Paulo, 2006, p. 381.

SARLET[649] que o legislador democrático possui a competência para escolher, dentre os meios possíveis, aquele que garante o mínimo existencial e, quando houver somente um meio para conferir efetividade ao direito, deve necessariamente optar por ele. Ainda que haja omissão do legislador democrático, pode o juiz fixar o mínimo existencial no caso concreto.

Ao contrário do entendimento da doutrina brasileira, que tem como fundamento a teoria de Alexy, não se mostra adequada a ponderação entre princípios substanciais e formais, para a determinação do conteúdo do direito social na sua dimensão positiva. De forma a observar os princípios democrático e da separação de poderes, deve-se garantir um mínimo existencial, decorrente diretamente da dignidade da pessoa humana e cujas margens de decisão da maioria são reduzidas. Para além desse mínimo, com base no princípio da proibição do défice, deve-se garantir um conteúdo mínimo ao direito social prestacional, de cunho relativo, que seja periodicamente revisado e desenvolvido, com maior margem de liberdade para conformação pela maioria.

Dessa forma, através da aplicação da norma do artigo 5º, §1º da Constituição, deve-se conferir aplicabilidade imediata à norma de direito fundamental social na sua dimensão positiva, com a máxima vinculatividade jurídica e justiciabilidade possíveis. Essa vinculatividade e justiciabilidade serão amplas quando o direito social em sua dimensão positiva esteja previsto em regra constitucional, para garantia do mínimo existencial ou como decorrência do mínimo social.

Para se outorgar vinculatividade jurídica e justiciabilidade também são invocáveis os princípios estruturantes e os respectivos subprincípios que compõem o Estado de Direito Democrático e Social. Em consonância com o princípio da igualdade, não se pode tolerar que o Estado alegue dificuldades financeiras para deixar de prover o acesso a um bem jusfundamental para um determinado grupo de pessoas em relação a outras que se encontrem na mesma situação objetiva. Da mesma forma, por meio de princípio da proteção da confiança, mesmo em se tratando de prestações sociais, não pode o Estado

[649] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 366-384.

deixar de atender às expectativas legítimas dos cidadãos alimentadas por comportamentos estatais.[650]

11- VINCULATIVIDADE JURÍDICA E JUSTICIABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA DIMENSÃO NEGATIVA

Os direitos sociais na sua dimensão negativa reclamam um dever de não intervenção estatal na esfera jurídica individual, que afete desvantajosamente o acesso do indivíduo ao bem social. Diante da plena determinação do conteúdo do direito, há ampla vinculatividade jurídica e justiciabilidade dos direitos sociais na sua dimensão negativa.

Geralmente são adotados quatro modelos para a garantia do direito fundamental social em sua dimensão negativa. O primeiro modelo, assim como ocorre na dimensão positiva, objetiva a garantia de um mínimo social em sua dimensão negativa. O segundo modelo, baseado na teoria de Alexy de direitos fundamentais como princípios, em que se prega uma dogmática unitária para os direitos fundamentais. O terceiro modelo, que aplica a teoria geral das restrições aos direitos socias. Por fim, haveria um último modelo centrado no princípio da proibição do retrocesso.[651] Como os dois primeiros modelos já foram analisados quando se tratou dos direitos sociais na sua dimensão positiva, passa-se a analisar o modelo baseado em uma teoria geral das restrições e outro fundado na proibição do retrocesso social, sendo certo que este último costuma ser o mais difundido na doutrina e na jurisprudência brasileiras.

Nesse sentido, a doutrina brasileira adota a vedação do retrocesso social como forma de garantia do direito social contra atos do legislador democrático que tenham a finalidade de suprimir conquistas sociais. Em assim sendo, a partir

---

[650] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 319-324; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 317-318; ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, p. 377-386.

[651] Mais detalhes sobre cada um dos modelos em: NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 238-239.

do momento em que o legislador tenha cumprido sua tarefa de concretização de um direito social, não seria possível qualquer espécie de afetação ao direito implementado. Qualquer ato do legislador que imponha restrição ao direito previsto em lei ordinária seria inconstitucional, por violação ao princípio constitucional da vedação do retrocesso social.

A vedação ao retrocesso social ou proibição do retrocesso ou teoria da irreversibilidade surgiu na Alemanha. Com fundamento no princípio do Estado Social (artigos 20 e 28, 1º), tinha a finalidade de impedir que o Poder Público adotasse medidas que prejudicassem os avanços conquistados na área social, especificamente com o objetivo de garantir o direito social em face de retrocessos ou de retrocessos injustificados.[652] Como a Constituição daquele país não consagrou expressamente direitos sociais, estes eram concretizados por meio da atuação do legislador, isso justifica a diferenciação adotada pela doutrina alemã no tocante aos direitos originários a prestações e aos direitos derivados a prestações. Enquanto os direitos originários a prestações seriam extraídos diretamente da Constituição e, por isso, deteriam todas as garantias decorrentes da sua natureza de norma constitucional, os direitos derivados não seriam dotados da mesma proteção. Na medida em que os direitos derivados a prestações não teriam as mesmas garantias dos direitos previstos em normas constitucionais, poderiam ser suprimidos a qualquer tempo pelo legislador. Por isso, para que os direitos derivados gozassem de alguma proteção, a doutrina alemã elaborou a tese da vedação do retrocesso.[653]

De antemão fica clara a dificuldade de transportar a doutrina da vedação do retrocesso para o ordenamento de países que adotam expressamente os direitos sociais em sua Constituição. Isto porque todo o esforço doutrinário para a proteção dos direitos sociais perde toda a finalidade quando estes direitos estão assegurados na Constituição. Gozando de *status* de norma formal e materialmente constitucional, os direitos sociais já estão garantidos em face do

[652] QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais – funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 101-122.
[653] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 240-250.

legislador, sendo despicienda a sua proteção por meio de uma vedação ao retrocesso.[654]

Defensores da doutrina da vedação do retrocesso subdividem- se entre aqueles que entendem que a proibição deveria ser absoluta e aqueles que sustentam a sua relatividade. Para a vertente que defende a proibição do retrocesso absoluta, não poderia ser suprimido qualquer avanço social implementado pelo legislador, salvo quando prevista uma medida substitutiva ou compensatória.[655] Por outro lado, a doutrina relativa admite que o legislador adote medidas de retrocesso no campo social, desde que respeitadas certas condições.[656]

Com fundamento na doutrina da vedação do retrocesso social absoluta, BARROSO[657] entende que "(...) viável o exercício de um direito que dependia de intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior". Conforme leciona

---

[654] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 240-250.

[655] BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 6ª ed. Saraiva, São Paulo, 2006, pp. 379-380; PIOVESAN, Flávia. Dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local. In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 401- 416.

[656] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, p. 381; MIRANDA, Jorge. A Constituição Portuguesa e os Direitos dos Trabalhadores. In: Direitos Humanos e Democracia. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, p. 293; CORTÊS, António. O paradigma social do desenvolvimento humano – contributo para uma refundação ética dos direitos fundamentais. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume III, Coimbra Editora, Lisboa, 2012, pp. 41- 60; GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional. Volume III, 4ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2011, pp. 964-968; QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais Sociais – funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 82.
No âmbito da doutrina brasileira: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 1019-1049; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 459-460; AGRA, Walber de Moura. Direitos Sociais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 583-633.

[657] BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 7ª ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, pp. 157-158.

BARROSO, este princípio implícito ao sistema jurídico- constitucional importa em reconhecer que, quando uma lei regulamenta um determinado mandamento constitucional para instituir um direito, este se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. Dessa forma, o princípio da vedação do retrocesso constitui um direito subjetivo negativo para que se possa impugnar judicialmente qualquer medida estatal que subtraia o anterior grau de concretização da norma constitucional.

Por sua vez, SARLET [658] acolhe a vedação do retrocesso relativa. Embora mencione que admitir o retrocesso social seria permitir que os órgãos legislativos possam livremente dispor da vontade expressa da Constituição, entende que a atividade legislativa não pode ser reduzida à execução pura e simples da Constituição. Alega que, ao se adotar a proibição do retrocesso social absoluta, além de se impedir o desenvolvimento do direito constitucional, resultaria na transmutação de normas infraconstitucionais em normas constitucionais, em que as normas constitucionais de direitos de liberdade teriam menos proteção que as normas legais de direitos sociais. Portanto, o autor defende que o núcleo essencial dos direitos sociais efetivado pelo legislador seria o limite constitucionalmente garantido contra medidas retrocessivas. Esse núcleo essencial seria delimitado pelo princípio da dignidade humana e, respectivamente, pelo mínimo existencial, bem como pelos princípios da segurança jurídica, da confiança, da isonomia e da proporcionalidade.

Adotando a posição relativa quanto ao retrocesso social na doutrina portuguesa, OTERO[659] sustenta que deve ser garantido o mínimo de existência condigna e, para além desse mínimo, a alteração legislativa deve ser legitimada em uma medida necessária e adequada, com a finalidade de evitar o arbítrio estatal.

Por sua vez, VIEIRA ANDRADE[660] defende que se deve garantir uma certa estabilidade das situações ou posições jurídicas, quando da concretização

---

[658] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 454-460.

[659] OTERO, Paulo. Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976. In: 35º aniversário da Constituição de 1976, V. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 37-55.

[660] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, p. 377-382. VIEIRA ANDRADE (ANDRADE, op. cit., 2012, pp. 364) entende que o conteúdo essencial do direito fundamental é determinado pela Constituição somente em um mínimo. Não se

da norma constitucional de direito social pelo legislador democrático, no entanto, o princípio da proibição do retrocesso social não pode ser um princípio geral, sob pena de violação do princípio democrático pluralista, consistente na liberdade constitutiva e autorreversibilidade legislativa. O jurista português sustenta a proibição de mera revogação da norma legal, sem a adoção de medidas substitutivas, uma vez que o legislador estaria obrigado a realizar o conteúdo mínimo do preceito constitucional e deveria ser observado o princípio da confiança, de forma a proibir o arbítrio do legislador.

Em posição semelhante, CANOTILHO[661] ensina que o princípio da proibição do retrocesso seria consequência do princípio da democracia econômica, social e cultural, constituindo uma garantia institucional e um direito subjetivo. Embora saliente que a proibição do retrocesso social é inoperante diante de reversibilidades fáticas (crises e recessões econômicas), defende que o princípio restringe a reversibilidade de direitos adquiridos, como decorrência do princípio da proteção da confiança e da segurança do indivíduo no âmbito social, econômico e cultural, assim como da garantia do núcleo essencial do direito condizente com a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, seria inconstitucional qualquer medida revogatória da legislação social que importe no aniquilamento do núcleo essencial do direito social concretizado, sem qualquer medida compensatória que assegure esse conteúdo essencial mínimo.

Com base no princípio da força normativa da Constituição, JORGE MIRANDA[662] aduz que, quando o legislador concretiza normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, o seu dever de legislar resta cumprido e não pode suprimir a norma concretizadora, retornando ao estado de omissão constitucional. O legislador poderia adotar outros modos e conteúdos de concretização, mas não poderia ab-rogar pura e simplesmente as normas legais que formam uma unidade de sistema com as normas constitucionais. Segundo o autor, a depender das condições constitucionais e econômicas, as normas

---

pode conferir um conteúdo normativo mais vasto pela interpretação judicial, uma vez que a determinação do conteúdo do direito social está condicionada às opções do legislador.

[661] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 338-340.

[662] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 537-344.

devem ser interpretadas para a satisfação do máximo de prestações sociais possíveis (diante de condições favoráveis), com redução dos beneficiários ou do montante (diante de crises financeiras) ou suspensas (diante de crise extrema).

A jurisprudência portuguesa parece ter evoluído no sentido de admitir mitigações à vedação do retrocesso social. Adotando a vedação do retrocesso absoluta, em um primeiro momento, no julgamento proferido no Acórdão nº 39/84, o Tribunal Constitucional Português declarou a inconstitucionalidade do artigo 17º do Decreto-Lei nº 254/82, que revogava os artigos 18º a 61º, 64º e 65º da Lei nº 56/79, que instituiu o Sistema Nacional de Saúde. O relator Vital Moreira entendeu que, a partir do momento em que o Estado cumpre seu dever positivo de implementar o direito social, passa a ter um dever negativo de abster-se de atentar contra a realização conferida ao direito.

Posteriormente, adotando entendimento alinhado com a vedação do retrocesso relativa, em decisão proferida no Acórdão nº 509/2002, o Tribunal entendeu que seria possível o regresso social quanto ao rendimento social de inserção, desde que fossem respeitados o conteúdo essencial do direito e os princípios estruturantes do Estado de Direito (igualdade, proteção da confiança, dignidade da pessoa humana e proporcionalidade). Por sua vez, no Acórdão nº 3/2010, o Tribunal Constitucional Português consignou que a proibição do retrocesso social, caso admitida, sempre carecerá de autonomia normativa diante de outros parâmetros constitucionais que resultam do princípio do Estado de Direito, da dignidade da pessoa humana e do próprio núcleo essencial do direito social.

Igual entendimento foi adotado por outras Cortes Constitucionais Europeias. No Acórdão nº 457/1998, a Corte Constitucional Italiana, no julgamento da constitucionalidade de medida legislativa que modificava o ordenamento das pensões, entendeu ser possível a redução dos benefícios sociais conquistados, desde que a medida seja legitimamente justificada em uma necessidade de equilíbrio financeiro.

Na Espanha, a jurisprudência do Tribunal Constitucional firmou- se no sentido de se admitir a reversibilidade das conquistas sociais. Para tanto, seria necessário justificar a redução das prestações sociais (limitação formal) e respeitar um núcleo mínimo indisponível (limitação material). De acordo com a

jurisprudência, não haveria nem a cristalização das prestações sociais nem a liberdade do legislador para desconfigurar o Estado Social.[663]

Em âmbito brasileiro, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota a vedação do retrocesso social. No julgamento do ARE 639337, a Corte adotou a vedação do retrocesso social sob o fundamento de que, quando concretizados os direitos prestacionais, nasceria um dever do Estado de abster-se de suprimir o direito social já concretizado. A jurisprudência brasileira segue a lição da doutrina, que com alguma variação entende que a vedação do retrocesso teria previsão no artigo 7º da Constituição e no artigo 2º, item I, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como nos princípios da dignidade da pessoa humana, da boa-fé, da segurança jurídica, da proteção da confiança e do Estado Democrático e Social de Direito.[664]

No ensinamento de SARLET[665], o princípio da vedação do retrocesso estaria implícito no sistema constitucional, decorrendo de princípios e argumentos constitucionais. Em um primeiro ponto, seria uma imposição dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança, ambos decorrentes do princípio do Estado Democrático e Social de Direito. Outrossim, seria uma exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que, satisfeita a concretização do direito prestacional social para garantia de uma existência condigna, estariam vedados retrocessos. Ainda seria uma decorrência do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais (artigo 5º, §1º), que implicaria em uma máxima proteção do direito fundamental. Por fim, as normas internacionais de direitos econômicos, sociais e culturais imporiam uma progressiva implementação da proteção social pelos Estados membros.

---

[663] CALLEJÓN, Francisco Balaguer. A dimensão constitucional do Estado Social de Direito na Espanha. Tradução: Hugo César Araújo de Gusmão. Revista Direitos Fundamentais e Justiça nº 2, jan./mar. 2008, pp.105-131. CALLEJÓN cita os seguintes julgados: STC 37/1994, STC 32/1981, STC 26/1987, STC 76/1988.

[664] MEIRELES, Ana Cristina Costa. A Eficácia dos Direitos Sociais – Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. Editora juspodivm, Salvador, 2008, pp. 42-50; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 454- 460, pp. 457; PIOVESAN, Flávia. Dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local. In: Tratado Luso- Brasileiro da dignidade humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 401- 416.

[665] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 454- 460.

Primeiramente, não se pode objetivamente extrair a vedação do retrocesso de princípios constitucionais de conteúdo abstrato e vago. Da mesma forma, não há qualquer menção expressa à proibição do retrocesso no artigo 7º da Constituição Brasileira, este dispositivo constitucional resume-se a prever alguns direitos mínimos dos trabalhadores, sem garantir que os direitos trabalhistas concretizados pelo legislador não possam sofrer restrição posteriormente. Por outro lado, o artigo 2º, item I, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais deve ser interpretado para se permitir o regresso social. Segundo o Comentário Geral nº 3 do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, seria permitida medida legislativa de retrocesso no campo social, desde que legitimamente justificada.[666]

Além disso, a defesa da proibição do retrocesso acarreta uma incongruência na dogmática dos direitos fundamentais. Segundo amplamente defendido pela teoria das restrições aos direitos fundamentais, os direitos de liberdade constitucionalmente previstos podem sofrer uma afetação pelo legislador, quando se tenha como objetivo assegurar outro direito ou interesse digno de proteção. No entanto, caso admitida a vedação do retrocesso, o direito prestacional implementado pelo legislador não poderia sofrer qualquer tipo de medida que o afete, gozando de maior proteção que o próprio direito constitucionalmente previsto.[667]

Se não bastassem esses argumentos, em um Estado de Direito Democrático deve-se conferir às futuras gerações o poder de avaliar a política econômica do governo para determinar quais necessidades coletivas merecem atendimento prioritário, de acordo com os recursos disponíveis. O princípio da alternância democrática determina que os órgãos legislativos sejam renovados e, com isso, se permite que a nova maioria escolha onde o dinheiro público deve ser primeiramente investido. Como os direitos sociais prestacionais dependem de verbas públicas para serem implementados, a vedação do retrocesso impede

[666] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 242.
[667] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 242-243.

que as gerações futuras possam avaliar e reformular a política econômica e social do Estado.[668]

Conectada com a crítica anterior, a doutrina da vedação do retrocesso parte de premissa fática equivocada, na medida em que supõe um crescimento econômico sempre crescente. Como os direitos sociais prestacionais dependem de recursos para serem concretizados e não seria tolerada medida supressiva dos avanços sociais, os Estados teriam que gerar recursos suficientes para ao menos manter as prestações sociais já conferidas.[669]

Como o Estado não pode prever ou controlar o aspecto econômico-financeiro, principalmente em um mundo globalizado dominado pelas grandes corporações privadas, a vedação do retrocesso social constitui um risco ao Estado Social. Isto porque a impossibilidade de o Estado em cumprir seu dever de prestar cada vez mais e melhor seria a justificativa para aqueles que defendem o fracasso do Estado Social e a volta a um liberalismo econômico descompromissado com a justiça social. Portanto, a vedação do retrocesso não representa uma maior garantia dos direitos sociais, já que impõe ao Estado o cumprimento de obrigações que não pode adimplir, acabando por enriquecer o argumento neoliberal de falência do Estado Social.

Por conta disso, como alternativa à doutrina da vedação do retrocesso social, deve ser aplicada a teoria geral das restrições. Esse modelo defendido por REIS NOVAIS[670] é mais adequado por submeter os direitos sociais à mesma dogmática jurídica dos tradicionais direitos de liberdade, conferindo-lhes idêntica importância jusfundamental. Por outro lado, afasta a imprecisão e a incongruência da aplicação do retrocesso social em ordenamentos jurídico-

---

[668] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 242-243.

[669] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 242-243. Segundo definição elaborada por REIS NOVAIS (NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição. Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 247), a restrição seria "(...) acção ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lado, que dele resultam para o Estado, afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental."

[670] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 311-318.

constitucionais que consagram expressamente os direitos sociais como fundamentais.

Leciona REIS NOVAIS[671] que deve ser realizada uma distinção de quando o acesso ao bem social é custeado com recursos próprios e quando o acesso ao bem social é assegurado por meio de recursos públicos. Isto porque, quando o bem social é custeado pelo próprio particular, há um dever imposto ao Estado de não afetar esse acesso individual alcançado com recursos próprios. Nesse caso, como não há gasto público, a proteção conferida aos direitos sociais na sua dimensão negativa seria idêntica à conferida aos direitos de liberdade na dimensão negativa. Por outro lado, quando o indivíduo alcance o bem social com ajuda financeira do Estado, deveria ser observada uma margem de decisão do legislador democrático sobre a alocação orçamentária.

Da mesma forma que ocorre com os direitos de liberdade, cabe ao juiz analisar a legitimidade da restrição imposta ao direito social concretizado pelo legislador. Para REIS NOVAIS[672], a única diferença de regime jurídico em relação aos direitos de liberdade seria na hipótese dos direitos sociais prestacionais serem custeados com recursos do Estado, já que aqui também incidiria a reserva do financeiramente possível como motivo legítimo para a afetação ao direito. A reserva do financeiramente possível não impede a aplicação da teoria geral das restrições, embora constitua uma justificativa legítima para a restrição ao direito social quando este dependa de aportes de recursos do Estado. Este fundamento para a restrição deve ser submetido à fiscalização do Poder Judiciário para que seja apreciada a importância da questão competencial e financeira para a realização do direito social.[673]

De acordo com a lógica da teoria externa das restrições[674], aplicável tanto aos direitos de liberdade como aos direitos sociais, o juiz deve examinar

---

[671] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 238-250.
[672] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 238-250.
[673] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 311-318.
[674] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 276- 301; MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – estudos de direito constitucional. Editora Saraiva, 3ª Edição, São Paulo, 2004, pp. 24- 27; PULIDO, Carlos

primeiramente o suporte fático e o âmbito de proteção[675], ou seja, aquilo que seria *prima facie* protegido pela norma. A proteção definitiva resultaria após a incidência da restrição. A restrição constitui a exclusão pontual de alguma conduta do âmbito de proteção da norma, somente pode incidir quando o direito a ser restringido estiver previsto em forma de princípio, já que quando for previsto em uma regra não há possibilidade de afetação do direito, na medida em que o Poder Constituinte solucionou a questão de maneira definitiva.

Quando expressamente prevista na Constituição, a restrição está justificada pela norma constitucional, por outro lado, quando não tenha previsão expressa na Constituição, incide a reserva geral imanente da ponderação, caso em que o legislador necessita justificar a restrição com fundamento na garantia de outro bem ou valor digno de maior proteção. Como os direitos fundamentais não são absolutos, a reserva imanente da ponderação possibilita uma harmonia entre o Estado de Direito e o princípio democrático, na medida em que permite

---

Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 401- 472.

De outro ponto, os seguidores da teoria interna (*Innentheorie*) entendem que o direito já seria determinado com um conteúdo especificado, pelo que não incidiriam restrições decorrentes de razões externas, ou seja, o direito e a respectiva limitação são imanentes a qualquer posição jurídica, portanto o âmbito de proteção seria também o âmbito de garantia (proteção efetiva). Nesse sentido: MÜLLER, Friedrich. Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktisschen Grundrechtsdogmatik. Berlin, Duncker & Humblot, 1969, p. 41 *apud* ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 309-316.

[675] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 301-332. Sob o fundamento de que haveria uma maior proteção dos direitos fundamentais, ALEXY defende um âmbito de proteção alargado, em que todos os atos relacionados ao suporte fático seriam *a priori* exercício de direito fundamental. Somente após a restrição ao direito e a respectiva ponderação, resultaria o direito definitivo e a legitimidade do exercício do direito.

Essa posição é criticada sob o fundamento de que acarreta uma desvinculação do intérprete ao texto constitucional, uma ameaça a outros bens jurídicos e um enfraquecimento dos valores previstos na Constituição. Portanto, as condutas claramente contrárias aos valores constitucionais não podem ser consideradas *a priori* exercício de direito fundamental. Esses valores seriam definidos de forma indiscutível através da consciência jurídica geral da comunidade. Essa limitação do âmbito de proteção permite a redução dos conflitos entre direitos fundamentais e confere uma maior proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, com a respectiva maior garantia da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido: NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 97-102.

que o legislador imponha uma restrição a um direito fundamental e submete a legitimidade da restrição à análise do juiz.[676]

Em relação à intensidade da fiscalização judicial, entende-se que o controle de constitucionalidade seria realizado de forma distinta entre os direitos sociais e os direitos de liberdade. Essa doutrina, com base na jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, adota como critérios para o controle da intensidade: a gravidade da restrição, a importância e a urgência do interesse que embasa a restrição e a relevância dos interesses assegurados pelo direito fundamental restringido. Ao direito de liberdade deveria ser utilizado um critério de defensabilidade, enquanto aos direitos sociais seria aplicado um critério de evidência. Como os direitos sociais não podem ser determinados a nível constitucional, o legislador seria dotado de uma maior discricionariedade, por isso, somente os atos que claramente violassem a norma constitucional deveriam ser invalidados.[677] Entretanto, como ocorre com os direitos de liberdade, quando o conteúdo do direito social estiver plenamente determinado, qualquer ato restritivo deve ter um fundamento legítimo e deve contar com um controle de defensabilidade.[678]

---

[676] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 311-318.

[677] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 218-220; ANDRADE, José Carlos Vieira de. O Judiciário e os Direitos Fundamentais Sociais. In: Palestras no Centro de Estudo n 2, Centro de Estudo, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, dezembro de 2002, pp. 9-34. Nesse sentido, VIEIRA ANDRADE classifica o controle judicial em total, por defensabilidade e por evidência. Segundo o autor, quanto maior for a determinação do conteúdo da norma constitucional e a obrigatoriedade de emissão de lei, menor será a discricionariedade legislativa e mais intensa será a fiscalização judicial. Por isso, leis que somente interpretem dispositivos constitucionais teriam um controle total, uma vez que o conteúdo da norma estaria plenamente definido. Para a análise da restrição, baseada na razoabilidade da lei em face da Constituição, incidiria um critério de defensabilidade. Por fim, quando o conteúdo da norma não esteja definido em nível constitucional, o critério seria por evidência, caso em que o legislador deteria ampla liberdade e, por isso, somente leis manifestamente inconstitucionais poderiam ser invalidadas pelo Judiciário. Para o autor, no tocante aos direitos sociais o critério seria de evidência, salvo exceções em que seria utilizado o critério de defensabilidade.

[678] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais - Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 290-301; NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa. Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 291-312; NOVAIS, Jorge Reis. Em defesa do Tribunal Constitucional – resposta aos críticos. Editora Almedina, Coimbra, 2014, pp. 77-153.

A Constituição Brasileira, fundada no princípio da socialidade, dispõe que a República Brasileira tem como finalidade a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais e a constituição de uma sociedade solidária (artigo 3º), bem como tem como fundamento a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (artigo 1º). Dessa forma, a análise da restrição aos direitos sociais não pode estar sujeita a uma mera análise de evidência, quando o conteúdo do direito estiver determinado. Entender que somente os atos do legislador que forem manifestamente equivocados ou arbitrários mereceriam ser declarados inconstitucionais, seria desconsiderar a importância conferida na Constituição aos direitos sociais e à socialidade como princípio estruturante.

CAPÍTULO VI – O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E A APLICABILIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS E A REINTERPRETAÇÃO DOS TRADICIONAIS DIREITOS DE LIBERDADE

1- ASPECTOS HISTÓRICOS E FUNDAMENTOS

O estudo sobre a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas e a reinterpretação dos tradicionais direitos de liberdade pressupõe uma análise da evolução histórica do Estado de Direito. Isto porque o exame sobre o comportamento estatal perante a sociedade, o papel da Constituição como norma jurídica em um Estado de Direito e a respectiva importância conferida aos valores constitucionais é determinante para a compreensão acerca da aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares e da reinterpretação dos tradicionais direitos de liberdade.

A Revolução Industrial foi um marco para as novas relações sociais surgidas no Estado Liberal. Por um lado, o êxodo dos camponeses e artesões para as cidades, em busca de ocupação nas indústrias, ocasionou uma profunda alteração nas relações de trabalho e na estrutura familiar. Por outro lado, as novas máquinas provocaram uma aceleração e um aumento da produção, com o respectivo acréscimo da quantidade de negociações. Dessa forma, observou-se um significativo aumento de negócios jurídicos para a contratação de mão de obra para o trabalho nas indústrias, como também para a venda da crescente produção. Diante de relações jurídicas materialmente desiguais, deixadas à regulação do mercado, constatou-se a concentração de capital pela burguesia e o respectivo empobrecimento da força de trabalho.[679]

[679] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 3-47; MORAES, Ricardo Quatrim de. A Evolução Histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o Constitucionalismo Dirigente. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, Ano 51, N. 204, out./dez., 2014, pp. 269-285. Essas relações materialmente injustas ficavam bem claras com a contratação de menores para o trabalho em condições insalubres e perigosas, nas quais os contratos eram caracterizados por uma igualdade formal entre partes e pela liberdade jurídica de contratar, que na realidade representavam uma

Percebe-se, assim, um distanciamento entre a sociedade e o Estado, na medida em que a atuação do Estado era reduzida ao mínimo para que a sociedade e a economia pudessem livremente se desenvolver, de acordo com as leis naturais, resultando em um individualismo como centro de todo o sistema jurídico, no qual a vida em sociedade e os vínculos comunitários eram elementos secundários. Isso se refletia no direito, através da correspondente separação entre direito privado e direito público. Como as normas constitucionais não passavam de mero compromisso político e dependiam de concretização pelo Parlamento, no âmbito do direito público, a relação jurídica entre o indivíduo e o Estado estava submetida ao princípio da legalidade, no qual a Administração Pública somente poderia agir caso autorizada por lei. Por sua vez, o Código Civil representava o principal diploma jurídico de direito privado, com a função de garantir a autonomia privada e a segurança jurídica, através de uma igualdade meramente formal.[680] Ao longo do século XIX, constatou-se um movimento de codificação, no qual os preceitos do Código Civil aplicavam- se a qualquer ajuste, independente da sua natureza e das partes envolvidas. [681] Como se preocupavam em regulamentar mais o *ter* que o *ser*, os Códigos editados sob o manto do Estado de Direito Liberal tinham um nítido compromisso com a manutenção do *status quo*, através da previsão de garantias para a propriedade e de proteção nos contratos.[682]

---

imposição unilateral de vontade da burguesia. Antes da Revolução Industrial eram impostas limitações pelas antigas corporações de ofício ou pelas normas feudais de mútuo auxílio.

[680] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 229-262; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 3-47; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 60-68.

[681] MORAES, Ricardo Quatrim de. A Evolução Histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o Constitucionalismo Dirigente. Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, Ano 51, N. 204, out./dez., 2014, pp. 269-285.

[682] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 3-47; pp. 67-83. Segundo o autor, especificamente no Brasil, a "Era da Codificação" deu- se de forma tardia, por meio da promulgação do Código Civil de 1916, época em que na Europa já havia reivindicação de direitos sociais e uma maior intervenção do Estado na sociedade, com o respectivo declínio da importância da autonomia privada e da igualdade meramente formal. Com a instauração do Estado Social na década de 30, no governo Getúlio Vargas, o Código de 1916 já não se adequava à intensa atividade legislativa de garantia de interesses sociais na esfera

A manutenção do direito que regulamentava essas relações jurídicas materialmente injustas era sustentada pela falta de representatividade política da classe trabalhadora, contribuindo para que as normas de direito privado se mantivessem distantes de um compromisso com a igualdade substancial. Isto porque o Parlamento era ocupado por representantes da classe burguesa, que restringia a atuação estatal através de um princípio da legalidade e regulamentava as questões privadas por meio de Códigos, com a finalidade de obstar intromissões estatais e assegurar a autonomia privada.

Se não bastasse a falta de legitimidade democrática, a hegemonia do Parlamento em relação ao Executivo e ao Judiciário retirava a possibilidade de qualquer questionamento acerca da justiça da lei. Como a lei era considerada justa pelo simples fato de emanar do parlamento, como legítimo representante da nação, os atos praticados pelo Executivo somente seriam válidos e legítimos quando autorizados por lei, assim como aos juízes cabiam somente a mecânica subsunção do fato à lei, sem que suas decisões pudessem criticá-la.

Por isso, os direitos fundamentais eram direitos na *'medida da lei'* produzida pelo Parlamento e tinham a única finalidade de impor uma abstenção ao Poder Público. Não cabia ao Estado intervir nas relações privadas, uma vez que, com base em um direito natural à propriedade e à autonomia privada, o direito era fundamento para um modelo econômico que impunha o próprio mercado como responsável por se autorregular e por equacionar os graves problemas sociais.[683]

As características próprias do Estado de Direito Social reivindicaram a intervenção estatal no mercado econômico e na sociedade, isto porque os próprios direitos fundamentais deixaram de ser exercidos exclusivamente em

---

privada, como foi a lei de locação urbana, o estatuto da mulher casada e a lei de condomínios.

[683] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 229-262; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 3-47; HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, p. 138; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 60-68; pp. 95-148; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1285-1295.

face do Estado para também serem exercidos por meio do Estado, o que caracteriza a mudança de uma postura abstencionista estatal para um comportamento de proteção e promoção dos direitos fundamentais.[684]

Para tanto, foi necessária a ampliação das funções estatais, propiciada pela desconcentração da Administração Pública e a criação de pessoas jurídicas de natureza privada para atuação estatal no mercado, por um lado, e pelo desempenho de atividades de interesse coletivo por entidades particulares e reguladas pelo Poder Público, por outro lado. A assunção de tarefas de interesse público por particulares e a atuação estatal no mercado por meio de pessoas jurídicas de direito privado contribuíram para o fim da rígida distinção entre direito público e direito privado.[685]

Além da ampliação das funções estatais, a teoria da força normativa da Constituição colocou-a como norma jurídica fundamental do sistema jurídico, fazendo com que as leis deixassem de ser consideradas justas pelo simples fato de serem produto do Parlamento e mitigando a diferença existente entre direito público e privado. Pela teoria da força normativa de meados do século XX, todo o ordenamento deveria ser interpretado e aplicado tendo como norte os princípios e valores constitucionais, tanto as normas de direito público como as de direito privado.[686]

---

[684] ALEXY, Robert. Colisão de Direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 55-69. Como bem leciona ALEXY, o Estado de Direito Social possui duas formas fundamentais para o cumprimento do seu postulado de justiça social por meio da redistribuição de recursos. A primeira existe quando, através de impostos ou outros tributos, o Estado proporciona-se o numerário necessário para cuidar do mínimo existencial dos carecidos. Na segunda forma de redistribuição estatal-social, sucede uma redistribuição direta de um cidadão para o outro, seja por força de previsão expressa na Constituição ou da promulgação de lei para a tutela de vulneráveis.

[685] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 229-262; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 3-47. Segundo SARMENTO, constatou-se um pluralismo jurídico através de instâncias não estatais de regulação e arbitragem de conflitos econômicos e sociais. Algumas relações, que antes eram reguladas por normas produzidas pelo próprio Estado, passaram a ser regidas por fontes não estatais e carentes de legitimidade democrática, expondo o cidadão à submissão econômica e social.

[686] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 49-57.

O Código Civil perdeu a centralidade do sistema e a Constituição não se resumia mais a tão somente regulamentar as relações entre cidadão e Estado. Os institutos de direito privado não só ganharam regulamento na Constituição, mas também passaram a ser interpretados e harmonizados em consonância com os princípios constitucionais. [687] Representando os principais valores assegurados na Constituição, as normas de direitos fundamentais passaram a ser o parâmetro de justiça para a aplicação das normas de direito privado e de direito público. Enquanto no Estado Liberal os direitos fundamentais tinham uma exclusiva conotação subjetiva e individualista, com o surgimento do Estado Social, principalmente após a 2ª guerra mundial, além da perspectiva subjetiva, foi agregada a dimensão objetiva aos direitos fundamentais.[688]

Como a doutrina alemã sempre exerceu grande influência na compreensão e no estudo dos direitos fundamentais, não poderia ser diferente quanto à dimensão objetiva dos mesmos. A discussão doutrinária sobre a dimensão objetiva surgiu de forma mais intensa na Alemanha, após os horrores provocados pelo regime nazista. Pretendia-se que a ordem jurídica fosse permeada por valores capazes de impedir novas barbáries praticadas contra seres humanos, valores que decorriam dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1º da Constituição Alemã.[689]

---

[687] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 3-47; PERLINGERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Tradução de Maria Cristina de Cico. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 6. Isso fica bem nítido com o surgimento do Direito do Trabalho, uma vez que as relações trabalhistas, antes reguladas exclusivamente pelo Código Civil, passaram a constituir ramo próprio do direito, com a importante função de criar normas imperativas de proteção do empregado em face do detentor do capital. Por outro lado, o próprio Direito Civil passou a incorporar normas de ordem pública, que restringiam a liberdade e a autonomia individual em favor de interesses sociais.

[688] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 105- 140; BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 9-46; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 106-110.

[689] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 105- 140; BARROSO, Luís Roberto. A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 9-46.

Em fins do século XIX, a teoria dos *status* de George Jellinek, sob inspiração liberal, ainda compreendia os direitos fundamentais sob a perspectiva meramente individual. A passagem do Estado Liberal para o Estado Social também marcou o desenvolvimento da compreensão da doutrina alemã acerca dos direitos fundamentais, principalmente quanto à irradiação dos seus efeitos para toda a ordem jurídica. Para tanto, foram de fundamental importância os ensinamentos de Carl Schmitt, de que a Constituição também deveria garantir certas instituições (direito público) e institutos (direito privado), bem como de Rudolf Smend, no sentido de que a Constituição seria uma ordem de valores. Para Smend a função da Constituição seria a promoção de uma integração com a comunidade, que somente seria possível por meio da tutela de valores consubstanciados nos direitos fundamentais e que deveriam ser partilhados e vivenciados por toda a comunidade.[690]

Vale ressaltar que a concepção da Constituição como uma ordem de valores foi severamente criticada na própria doutrina alemã, sob o fundamento de que a vagueza e a indeterminação dos valores poderiam comprometer a segurança jurídica e impulsionar o decisionismo judicial. [691] Segundo BÖCKENFÖRDE[692], essa teoria axiológica do direito fundamental seria uma fórmula para camuflar um decisionismo judiciário e interpretativo. Por sua vez, MÜLLER[693] critica a doutrina do sistema de valores sob o argumento de que seria irracional e levaria a decisões fundadas em conceitos pessoais do juiz.

---

[690] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 105- 140.

[691] CANARIS, Claus-Wilhem. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 5ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2012, pp.172-197; STARCK, Christian. De onde vem o Direito? Tradução Ingo Wolfgang Sarlet. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda, Volume VI, Coimbra Editora, Lisboa, 2012, pp. 99- 118.

[692] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Stato, constituzione, democrazia – studi di teoria della constituzione e di diritto constituzionale. Tradução de Michele Nicoletti e Omar Brino. Editora Giuffré, Milão, 2006, pp. 166-171.

[693] MÜLLER, Friedrich et. al. Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – Especialmente na ótica da Teoria Estruturante do Direito. In: Direitos Humanos e Democracia. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, pp. 45-52. Segundo MÜLLER "(...) é irracional e leva a decisões baseadas em pré-conceitos pessoais do juiz sobre 'valores'. E ignora que, nas atuais sociedades pluralistas, os 'valores' são extremamente controvertidos. Também por isso os direitos fundamentais e humanos não são meros 'valores', mas normas. Por detrás deles encontram-se representações axiológicas de dignidade, liberdade e igualdade de todos os homens. Mas a partir do

Em que pesem as críticas, a doutrina da Constituição como ordem de valores foi fundamental para o desenvolvimento da importância da dimensão objetiva dos direitos fundamentais e dos princípios para o ordenamento jurídico. Como os princípios são dotados de grande carga axiológica e, por isso, são aplicáveis pela técnica da ponderação, eles possuem uma eficácia irradiante que lhes é própria. Dessa forma, os valores decorrentes da dimensão objetiva e positivados em princípios não só permitem a abertura da Constituição para influências das mudanças sociais, mas têm repercussão nas relações privadas.[694]

A aplicação dos valores consubstanciados nos direitos fundamentais nas relações entre particulares foi diretamente enfrentada pela Corte Constitucional Alemã, no julgamento do caso *Lüth*, em 1958. Discutia-se a legitimidade do boicote organizado pelo Presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo em face de um filme dirigido por um cineasta de passado nazista. A Corte Constitucional Alemã entendeu que as cláusulas gerais de direito privado (artigo 826 do Código Civil Alemão - bons costumes) deveriam ser interpretadas à luz dos valores Constitucionais, assentados nos direitos fundamentais. Segundo a Corte, os preceitos do direito privado deveriam ser compatíveis e interpretados de acordo com esse sistema de valores constitucionais. Posteriormente, em 1969, no caso *Blinkfüer*, em que se discutia o boicote da editora *Springer*, de origem conservadora, ao jornal comunista de pequena circulação chamado *Blinkfüer*, a Corte Constitucional Alemã entendeu pela aplicação dos valores consubstanciados nos direitos fundamentais na interpretação e aplicação de cláusulas gerais do Direito Civil.[695]

Os principais efeitos que decorrem da consideração da dimensão objetiva dos direitos fundamentais são a eficácia irradiante e o dever de proteção do Estado. A eficácia irradiante dos direitos fundamentais importa em considerar que os valores que consubstanciam os direitos fundamentais sejam refletidos

momento em que uma Constituição os tenha positivado em seu texto, tornam-se direito vigente. Quem deseja rotulá-los como 'valores', paradoxalmente os desvaloriza."

[694] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 57-67.

[695] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 105- 140; ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 105-116.

para toda a ordem jurídica. Mesmo os tradicionais direitos de liberdade deixam de ser meros limites ao poder estatal e se transformam em diretrizes para a ação positiva estatal, vinculando a atuação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário.[696] Com fundamento na eficácia irradiante, os órgãos estatais e a própria comunidade devem pautar suas ações à luz dos principais valores consagrados no texto constitucional, como a dignidade da pessoa humana, a justiça social e a igualdade material.[697]

Em sendo assim, a legislação infraconstitucional deve ser interpretada em conformidade com essa nova carga axiológica derivada dos direitos fundamentais, o que a doutrina denomina de filtragem constitucional. Em virtude da elasticidade das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados, estes são mais sujeitos à eficácia irradiante, permitindo que sejam preenchidos com novos conteúdos, inspirados nos valores consubstanciados nos direitos fundamentais. Como decisão fundamental do Poder Constituinte, esses valores representam as principais aspirações para uma determinada sociedade, dessa forma, esses valores não se direcionam somente ao Estado, mas também vinculam toda a comunidade. Percebe-se, com isso, uma nítida aproximação entre Estado e sociedade, própria do Estado Social, em que os cidadãos também são chamados a participar da concretização dos valores mais importantes para comunidade.[698]

Por sua vez, o dever de proteção decorreu de novas funções assumidas pelo Estado Social. Sob a ótica do liberalismo, o Estado teria somente o dever de se abster de intervir na esfera jurídica de seus cidadãos. Essa concepção do

---

[696] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 229-262; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 398-407; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 105- 140; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 106-110; ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 105-116.

[697] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 124-129.

[698] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 105- 140; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 106-110.

Estado inimigo restou plenamente superada com o Estado Social, na medida em que, além do dever de respeito aos direitos fundamentais, incumbiria ao Poder Público o dever de promovê-los e de protegê-los contra ameaças de terceiros e, inclusive, contra lesões decorrentes de fatores naturais.[699] Dessa forma, a dimensão objetiva cria novos mecanismos de garantia dos direitos fundamentais, reforçando a própria dimensão subjetiva. Além de direitos exercidos diretamente em face do Poder Público, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais cria um dever de proteção estatal de determinado bem jurídico. Com fundamento em um dever de proteção, o Estado deve intervir nas relações privadas como forma de garantir os valores fundamentais da Constituição.[700]

Como principal valor e fundamento da ordem constitucional, a dignidade da pessoa humana é responsável por conferir coerência e racionalidade à aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, tanto para constituir legítima justificativa como para servir como limite. Sabe-se que o referido princípio constitui fundamento do Estado de Direito Democrático e Social da República Federativa Brasileira (artigo 1º, inciso III), conferindo unidade ao sistema de direitos fundamentais e, como valor central de toda ordem jurídica, irradiando seus efeitos sobre toda ela. Impõe, assim, parâmetro não só às condutas estatais, mas também aos atos praticados por particulares, de forma a impedir o ato estatal que aniquile a autonomia privada como a obstar a grave violação de um direito fundamental em uma relação privada. [701]

Positivado em tratados internacionais e nas Constituições após a 2ª guerra mundial, o princípio da dignidade da pessoa humana no Estado Social opõe-se ao individualismo egocêntrico propagado no Estado Liberal, no qual o ser humano era tratado pelos Códigos de uma forma abstrata e geral. Como

---

[699] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 60-68; pp. 95-148.

[700] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 229-262; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 105- 140. Essa dimensão objetiva é determinada pela técnica da tríplice abstração, em que são subtraídos o titular, o destinatário e a prestação objeto da norma de direito fundamental, resultando somente o bem jusfundamental garantido. Sobre esse bem tutelado o Poder Público tem o dever de proteção, notadamente nas relações jurídicas havidas entre particulares.

[701] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 83-96.

valor principal de toda a ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana preocupa-se com as necessidades do ser humano em concreto. Por conta disso, fala-se em um processo de *"despatrimonialização"* do direito privado, como consequência de sua personalização, o que significa que os bens não são fins em si mesmos, devem ser tratados pelo Direito como instrumentos para a valorização da pessoa humana.[702]

Esse processo de personalização decorre da socialização do Direito Privado, no sentido de que a pessoa é titular de direitos reconhecidos pela ordem estatal, mas também possui deveres perante toda a coletividade. O princípio da solidariedade se irradia para as relações privadas e impõe obrigações à pessoa quanto aos seus semelhantes. Nesse sentido, a Constituição Brasileira adota uma posição intermediária entre o individualismo e o transpersonalismo, na medida em que garante a satisfação de interesses privados, mas impõe que estes sejam condicionados à vida em sociedade e ao convívio harmônico com seus semelhantes. [703]

A autonomia privada continua a ser garantida, como forma de manifestação da liberdade individual, entretanto, o seu exercício deve se amoldar aos valores relevantes para a comunidade. Não se pretende afirmar que haja sempre uma prevalência do interesse público sobre o interesse privado, muito menos que haja uma preponderância do interesse privado sobre o público. A supremacia do interesse privado, própria do Estado Liberal, conduziria ao individualismo exacerbado e à inviabilidade da vida em sociedade, já a prevalência do interesse público poderia ensejar regimes totalitários, em que sob pretexto de garantia do interesse da coletividade se permitiriam restrições indevidas às liberdades individuais. Em caso de colisão entre interesses individuais e coletivos, a melhor técnica de resolução do conflito é a utilização da ponderação, orientada pela melhor promoção da dignidade da pessoa humana.[704]

---

[702] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 83-96.
[703] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 83-96.
[704] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 83-104; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 398-407.

2- DOUTRINAS SOBRE A APLICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Com raízes nitidamente liberais e por meio de uma dicotomia entre direito público e privado, o direito norte-americano representa atualmente o principal reduto da doutrina que nega a aplicação das normas de direitos fundamentais às relações entre particulares. Para tanto, há uma interpretação literal do texto constitucional norte-americano, que em suas cláusulas garantidoras dos direitos fundamentais somente vincular iam o Poder Público. Outro argumento liberal seria a necessidade de se assegurar a autonomia privada, como também a obediência ao pacto federativo, já que não cabe à União, em regra, legislar sobre Direito Privado (salvo quando se tratar de comércio interestadual e internacional), o que impediria as cortes federais de aplicar a Constituição nas relações privadas.[705]

Nos Estados Unidos se alicerçou o *State Action Doctrine*, no qual os direitos fundamentais teriam a função precípua de defesa em face do Estado, pelo que não haveria vinculação das entidades privadas. No entanto, a jurisprudência americana atenua a não vinculação das entidades privadas através da *public function Doctrine*.[706] Com base na *public function theory*, a Suprema Corte Americana entende que os particulares, que exercerem atividade

---

Segundo SOUZA (SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. O Princípio da Exclusividade como nota distintiva do Direito Privado. In: MARTINS- COSTA, Judith. A reconstrução do Direito Privado. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, pp. 306-336), embora a dignidade da pessoa humana não seja dotada apenas de sua dimensão individual e deva ser influenciada pelo seu aspecto social, existe uma "zona de exclusividade" da individualidade em que o Estado não pode intervir.

[705] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 185-197; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 60-68.

[706] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1285-1295; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 185-197; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 60-68. A própria abolição da escravatura contida no *Civil Rights Acts* de 1875 dá conta da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

tipicamente estatal, estão sujeitos às normas constitucionais de direitos fundamentais. Assim se deu no caso *Marsh v. Alabama*, de 1946, com base na liberdade de culto, em que a Suprema Corte entendeu que uma empresa privada, detentora de terras onde se localizavam residências e estabelecimentos comerciais, não poderia proibir que seguidores da religião Testemunhas de Jeová professassem sua fé no local. Outro caso julgado pela Suprema Corte, nesse sentido, foi a sujeição dos partidos políticos ao princípio da igualdade, ao proibir que os comitês partidários localizados nos estados do sul impedissem que negros se alistassem ou participassem nas eleições primárias.[707]

Também nos casos em que haja uma vinculação entre a conduta da parte privada e uma entidade governamental, a Suprema Corte Americana admite a vinculação aos direitos fundamentais (*Shelley v. Kraemer*). Assim como, a Suprema Corte Americana entende que o Estado não pode incentivar o desrespeito aos direitos fundamentais (*Reitman v. Mulkey*) e de que entidades que são fomentadas pelo Estado, por receberem benefício fiscal ou subsídios, estão sujeitas às normas constitucionais de direitos fundamentais (*Norwood v. Harrison; Gilmore v. City of Montgomery*). [708]

Apesar disso, mesmo nos Estado Unidos existe doutrina crítica da jurisprudência da Suprema Corte, questionando a aplicação da tese da *state action* e defendendo a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. O movimento do *Critical Legal Studies*[709] e o movimento feminista[710] criticam principalmente a dicotomia entre público e privado, perpetrada pela Suprema Corte.

Em semelhante posição, CHEMERINSKY[711] critica os dois fundamentos da doutrina do *state action*, de que garantiria a liberdade através da proteção de

[707] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 185-197.
[708] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 185-197.
[709] KAIRYS, D. The Politics of Law. New York: Pantheon Books, 1982, p. 151 apud SARMENTO, Daniel. Direito Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 195.
[710] GAVISON, Ruth. Feminism and the Public/Private Distinction. 45 Stanford Law Review, 1992, pp. 1-38 apud SARMENTO, Daniel. Direito Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 195.
[711] CHEMERINSKY, Erwin. Rethinking State Action. In: GARVEY, John H. & ALEINIKOFF, T. Alexander. Modern Constitucional Theory: A Reader, pp. 793-800 apud

espaços não regulados pela Constituição e de que garantiria a autonomia dos Estados para legislar sobre assuntos privados. Em relação ao primeiro fundamento, Erwin Chemerinsky argumenta que a doutrina do *state action* privilegia a defesa dos direitos do agressor de um direito fundamental, em vez de assegurar o direito fundamental da vítima. Já em relação à autonomia dos Estados, entende que essa autonomia não pode prevalecer em relação à Constituição Americana, esta seria um limite ao exercício da competência legislativa estadual. Assim sendo, Erwin Chemerinsky propõe a substituição da doutrina do *state action* pela técnica da ponderação, na qual deveriam ser sopesados a liberdade individual e o direito fundamental a ser protegido.

Por sua vez, NOWAK e ROTUNDA [712], com argumentos que se aproximam com a doutrina do dever de proteção, entendem que haveria uma omissão estatal sempre que houvesse a violação de um direito fundamental em uma relação privada, sem que o Poder Público tenha adotado qualquer medida para evitá-la.

Percebe-se, assim, que mesmo nos Estados Unidos, onde a jurisprudência consolidou- se quanto a não aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, com base na doutrina do *state action*, há grande parte da doutrina que crítica essa posição.

Nesse passo, constata-se que a jurisprudência e a doutrina europeia, principalmente a alemã, melhor desenvolveram a doutrina da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas. Há defensores de uma aplicação direta ou imediata, que entendem por uma garantia mais ampla dos direitos fundamentais e se relacionam com uma postura ativista do Judiciário, bem como, em outro oposto, aqueles que advogam a tese da aplicação indireta ou mediata e priorizam a autonomia privada, com prevalência do papel do Poder Legislativo. Entre estas duas posições, existem ainda aqueles que defendem uma posição intermediária.[713]

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 195-196.

[712] NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D. American Constitutional Law. 5ª Ed. St. Paul: West Publishing. Co., 1995, pp. 507-509 apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 195-196.

[713] SCHWABE, Jürgen. O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. *In*: Direitos

A discussão sobre o modo e a intensidade da aplicação das normas de direitos fundamentais se desenvolveu na Alemanha, onde, inicialmente, houve grande resistência à aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares. Com base em uma perspectiva liberal clássica, autores, como Forsthoff, entendiam que os direitos fundamentais eram somente direitos de defesa em face do Estado. Como haveria somente uma vinculação do Poder Público, com base na interpretação do artigo 1.3 da Constituição Germânica, não teria sido desejo de o Poder Constituinte vincular particulares. Ademais, defende essa doutrina que a dita aplicação acabaria com a autonomia privada e daria um poder exagerado aos juízes, com a respectiva insegurança jurídica e abandono dos tradicionais métodos de interpretação. Em que pese essa doutrina, o Tribunal Constitucional Alemão acabou por firmar jurisprudência no sentido da aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, já na década de 50.[714]

Valendo-se de argumentos para aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, leciona DÜRIG[715] que: não se poderia desprezar a existência de grupos, poderes e circunstâncias que possuem uma maior capacidade de violar a liberdade individual que o próprio Estado; estaria ultrapassada a antítese simplista liberal de que os direitos fundamentais tem como objetivo a regulação da relação indivíduo- Estado; não poderia mais ser admitida a concepção de que os direitos constitucionais do *status socialis* possa prejudicar a pureza da aplicação metodológica dos direitos de liberdade clássicos; por fim, com a previsão do Estado Social na Constituição, o conceito de liberdade clássica negativa estaria vinculado socialmente.

Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. José Roberto Ludwig. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 91-133. SCHWABE defende uma posição intermediária e crítica tanto a teoria do efeito mediato como do efeito imediato, sob o fundamento de que ambas partem do pressuposto equivocado da aplicação dos direitos fundamentais em face do Estado. Segundo SCHWABE, os direitos fundamentais são aplicáveis por força do ordenamento jurídico estatal, sem que seja levada em consideração a distinção entre relação jurídica de direito público e relação jurídica de direito privado ou a superioridade de uma das partes. Tanto na relação privada como na pública, os direitos fundamentais devem ser aplicados por meio de uma ponderação de bens e interesses.

[714] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 185-197.

[715] DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil*. In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 11-50.

Seguindo DÜRIG[716], em obra publicada em 1956, a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares deveria se dar de forma indireta ou mediata, por meio de uma regulamentação das normas de direito fundamental ou reinterpretação das normas de direito privado à luz das normas constitucionais. As cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados seriam os principais elos de ligação entre a Constituição e o Direito Privado, as normas de direito privado deveriam ser reinterpretadas a partir dos valores previstos na Constituição. Dessa forma, estaria salvaguardada a autonomia privada, por um lado, e a unidade do direito como moral jurídica, por outro.

No mesmo sentido, sustenta HESSE[717] que o papel de defesa dos direitos fundamentais nas relações privadas caberia preponderantemente ao Legislador, ao qual incumbiria realizar uma ponderação entre a autonomia privada e os valores consubstanciados nos direitos fundamentais para decidir qual deveria ceder. Essa primazia do Legislador, em relação ao Judiciário, tem como objetivo a obediência aos princípios da separação de poderes, da democracia e da segurança jurídica. Somente diante da adoção pelo Legislador de uma cláusula geral ou de um conceito jurídico indeterminado, se permitiria ao juiz a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas.

Com exaltação do direito de liberdade, essa doutrina entende que não se poderia submeter a iniciativa privada aos mesmos limites impostos ao Estado, sob pena de transformar um direito fundamental em um dever. Ademais, como as normas de direitos fundamentais caracterizam- se por sua intensa indeterminação, a sua aplicação direta nas relações privadas dotaria o juiz de um poder discricionário desmensurado, em prejuízo à liberdade individual e à autonomia de vontade. Assim sendo, os preceitos das normas de direitos fundamentais não seriam aplicáveis de forma direta, como direitos subjetivos. As

---

[716] DÜRIG, Günter. Direitos fundamentais e jurisdição civil. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 11-50. Segundo DÜRIG, haveria três graus de intensidade para o preenchimento dos conceitos e das cláusulas gerais do direito privado pelos valores consubstanciados nos direitos fundamentais: diferenciação de valor e explicitação de valor; acentuação de valor e aguçamento de valor; e preenchimento de lacuna de valor.

[717] HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 281-287.

normas de direitos fundamentais representariam normas objetivas, cujos valores irradiariam- se para a esfera privada.[718]

Como pode ser observado, os fundamentos da doutrina da negativa da aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas são semelhantes aos daqueles que entendem pela aplicação mediata ou indireta. O ponto diferencial seria o reconhecimento de que os direitos fundamentais consistem em uma ordem objetiva de valores, que se irradia para todo o sistema jurídico, inclusive para o Direito Privado. Assim sendo, a teoria da eficácia mediata seria uma posição intermediária entre a tese liberal da negativa de aplicação e a teoria da aplicação direta de fundamento socializante.[719]

Nesse aspecto, NIPPERDEY[720] critica a teoria mediata sob o argumento de que esta concebe os direitos fundamentais pela perspectiva liberal do século XIX, em que a finalidade dos direitos fundamentais era somente proteger o particular em face das arbitrariedades praticadas pelo Estado. A evolução da sociedade de massas industrial resultou no desenvolvimento de grandes empresas e grupos privados poderosos, fazendo com que os indivíduos também carecessem de proteção diante desses poderes. Portanto, houve a necessidade de adaptação das funções dos direitos fundamentais, para que também fossem aplicados em face de grupos poderosos econômica ou socialmente. Diferentemente das Constituições do século XIX, que somente pretendiam uma organização do poder estatal, a Constituição Alemã previu em seu preâmbulo a criação de uma nova ordem fundada em valores objetivos, por isso, defende o autor que o ordenamento jurídico deve ser entendido como unidade, em que os princípios consubstanciados nos direitos fundamentais sejam aplicados nas esferas pública e privada.

---

[718] HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1998, pp. 281-287.

[719] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 229-262; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 197-204.

[720] NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Waldir Alves. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 51-70; NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 71-90.

Consequentemente, originalmente defendida por LEISNER [721] e NIPPERDEY[722], também na Alemanha, surgiu a doutrina da aplicação de forma direta ou imediata das normas constitucionais de direitos fundamentais nas relações jurídicas havidas entre particulares, notadamente naquelas em que ficasse caracterizada a hipossuficiência de uma das partes em face da outra. Os direitos fundamentais seriam verdadeiros direitos subjetivos, exercitáveis em face de entidades privadas que detivessem poder econômico ou social, que as equiparassem à supremacia do poder estatal. Entre particulares dotados de igual estatura econômica e social, os direitos fundamentais seriam aplicáveis como valores comunitários.

Segundo Hans Carl Nipperdey, em obra publicada na década de 60, embora existam direitos fundamentais na Constituição Alemã que somente vinculem o Estado, haveria outros direitos que poderiam ser aplicados nas relações privadas independentemente da intermediação do legislador. Menciona NIPPERDEY[723] que o termo *"efeito perante terceiros dos direitos fundamentais"* seria equivocado, o correto seria *"efeitos absolutos de certos direitos fundamentais"*, uma vez que alguns direitos fundamentais clássicos se dirigem somente em face do Estado, como direitos públicos subjetivos. Em decorrência da dimensão objetiva de certos direitos fundamentais, haveria um efeito normativo imediato que regularia toda a ordem jurídica, concebida como unidade, criando direitos privados subjetivos na esfera privada.

---

[721] LEISNER, Walter. Grundrechte und Privatrecht. München: Beck, 1960 apud NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 71-90.

[722] NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Waldir Alves. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 51-70; NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 71-90.

[723] NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Waldir Alves. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 51-70; NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 71-90.

Como sustenta NIPPERDEY[724], a dignidade da pessoa humana (artigo 1, alínea 1) seria o principal valor da ordem jurídica, assegurando ao indivíduo uma esfera em que pode atuar como ser independente e autorresponsável, por isso, não pode ser submetida ao poder de uma outra pessoa ou ser mero instrumento de uma finalidade comunitária. Como a liberdade é o bem mais importante que se pode atribuir à pessoa, deve-se salvaguardá-la dos poderes sociais e econômicos.

Por outro lado, o livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2, alínea 1), aspecto dinâmico da dignidade da pessoa humana, não deve ser encarado sob a ótica do indivíduo isolado. Segundo NIPPERDEY[725], a Constituição Alemã decidiu a tensão entre indivíduo e comunidade em favor da vinculação do indivíduo à comunidade, sem que isso importe em violação do seu valor próprio. Essa vinculação decorre da cláusula do Estado Social, como norma fundamental do Estado Constitucional e imediatamente obrigatória e vinculativa. Dessa forma, o livre desenvolvimento da personalidade previsto no artigo 2, alínea 1, deve ser interpretado em consonância com o princípio do Estado Social, no sentido de vedar o Estado total que mitiga a liberdade individual em favor de um dirigismo coercitivo estatal, mas também de recusar um Estado Liberal no qual a liberdade do particular pode acarretar o abuso e a opressão de outro membro da comunidade. Os novos valores de uma Constituição material são responsáveis por regulamentar a ordem jurídica como um todo, na qual o princípio do Estado Social importa em limites ao exercício da liberdade no âmbito privado.

Menciona NIPPERDEY [726] que haveria condições para a aplicação imediata das normas de direitos fundamentais nas relações privadas,

---

[724] NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Waldir Alves. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 51-70; NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 71-90.

[725] NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Waldir Alves. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 51-70; NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 71-90.

[726] NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 71-90.

delimitadas pela finalidade da proteção e pelo conteúdo da ordem da norma de direito fundamental. Na relação privada em que em um dos polos está um poder social ou um poder econômico, a aplicação das normas de direitos fundamentais tem o objetivo de assegurar a igualdade material e a liberdade fática do particular perante o poder econômico ou social.

Por ouro lado, como defende NIPPERDEY[727], quando presentes a liberdade fática e a igualdade material, em decorrência da autonomia privada e da liberdade contratual, as partes podem manifestar sua vontade livremente. Ainda assim, essa liberdade está vinculada ao artigo 2º, item 1 da Constituição Alemã, logo, está subordinada ao sistema de valores previsto na Constituição, bem como está também limitada pela dignidade da pessoa humana prevista no artigo 1, alínea 1.

No mesmo sentido que Nipperdey, LEISNER[728] defende que não seria admissível que o Direito Privado ficasse à margem da Constituição e das normas de direitos fundamentais. O fundamento desse entendimento seria a convicção de que atualmente não é somente o Estado o responsável pela violação dos direitos fundamentais. Na atual sociedade de massa, as grandes corporações, que detêm poder econômico e social, são as principais responsáveis pelas infrações aos direitos fundamentais. A opção pelo Estado Social importaria em uma maior intervenção do Estado na sociedade, principalmente como forma de mitigar essa desigualdade social.

Embora a jurisprudência alemã não adote a tese da aplicação imediata, em algumas decisões, o Tribunal Federal do Trabalho adotou essa doutrina. Através da aplicação direta das normas de direitos fundamentais, o Tribunal Federal do Trabalho reconheceu a invalidade de cláusula contratual que previa a extinção do contrato de trabalho de enfermeiras que contraíssem matrimônio, bem como, em outro julgamento, com fundamento na liberdade de consciência, decidiu a favor de um empregado que se negava a participar de pesquisa de

[727] NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 71-90.
[728] LEISNER, Walter. Grundrechte und Privatrecht. München: Beck, 1960 apud NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 71-90.

desenvolvimento de medicamentos, que ajudaria militares em caso de guerra nuclear. [729]

Critica-se a aplicação direta das normas constitucionais de direitos fundamentais nas relações privadas sob o fundamento de que a Constituição prevê uma ordem de valores que necessita da intermediação legislativa para ser concretizada. A aplicação desses valores constitucionais, de forma direta, mitigaria a função legislativa, bem como atentaria contra a autonomia privada e a segurança jurídica. Isto porque os particulares não teriam o poder de decidir sobre aspectos da sua vida privada, sem as ameaças de uma intervenção estatal com base em valores fluidos e pouco determinados. Em um Estado democrático, caberia preponderantemente ao legislador decidir sobre a concretização dos direitos fundamentais, notadamente nas relações privadas.[730]

Adotando uma posição intermediária, com fundamento no artigo 1º, nº 3 da Constituição Alemã, CANARIS[731] sustenta que tanto o juiz como o legislador de direito público e o legislador de direito privado estão vinculados aos direitos fundamentais. A norma do artigo 1º, nº 3, que prevê que os direitos fundamentais vinculam a legislação e os atos jurisdicionais, seria corroborada pela norma do artigo 93, nº 1º, alínea 4ª, que dispõe que todo aquele que tiver seu direito fundamental lesado pelo poder público pode formular uma queixa constitucional. Pela interpretação das referidas normas e pelo princípio da hierárquica normativa, como representantes do poder público, o legislador de direito privado e os órgãos judiciais estariam vinculados aos direitos fundamentais.

Alega CANARIS[732] que a norma do artigo 1º, nº 3 da Constituição impõe uma eficácia normativa imediata dos direitos fundamentais sobre os atos legislativos e os atos jurisdicionais, rechaçando a tese da aplicação mediata das normas de direitos fundamentais. As normas de direitos fundamentais no direito privado poderiam assumir uma função clássica de proibições de intervenção,

---

[729] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 197-216.
[730] PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, p. 72-74. Segundo o autor, somente em casos excepcionais, diante da lacuna da legislação civil, seria permitida a aplicação direta das normas constitucionais.
[731] CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Editora Almedina, Coimbra, 2003, pp. 20-43.
[732] CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Editora Almedina, Coimbra, 2003, pp. 20-43.

como poderiam servir para a concretização de imperativos de tutela. Embora defenda a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em relação ao legislador e aos órgãos judiciais, para o autor isso não resulta que nas relações privadas a aplicação dos direitos fundamentais deva ter o mesmo conteúdo e o mesmo alcance que na relação entre cidadão e Estado.

Sugere CANARIS[733] a substituição da eficácia de irradiação dos direitos fundamentais, adotada de forma atécnica no caso Lüth, pelo recurso às funções dos direitos fundamentais de proibição de intervenção e de imperativo de tutela, caso em que a dogmática de aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas seria mais precisa, clara e simples. Com isso, não seria necessário examinar as circunstâncias do caso concreto e os critérios desenvolvidos em função das mesmas.

Por sua vez, CANARIS[734] diferencia o termo 'eficácia imediata perante terceiros' e 'imediata vigência dos direitos fundamentais', assim, embora as normas de direitos fundamentais tenham vigência imediata, os destinatários das normas de direitos fundamentais seriam somente o Estado e seus órgãos. Nesse ponto, contradiz a tese da eficácia imediata dos direitos fundamentais em relação a terceiros, uma vez que não admite que os direitos fundamentais sejam dirigidos em face de sujeitos de direito privado, sob pena de mitigação da autonomia privada e de que todas as questões privadas sejam alçadas ao patamar de questões constitucionais. Como consequência, o objeto de controle pelas normas de direitos fundamentais seriam somente os atos estatais, sobretudo leis e decisões judiciais, mas não os atos praticados por sujeitos de direito privado.

Em consonância com a teoria liberal dos direitos fundamentais, em virtude da autonomia privada e do direito à liberdade, em princípio, segundo CANARIS[735], as partes estariam livres para pactuarem os negócios jurídicos, sem qualquer ingerência do Estado. As normas de direitos fundamentais teriam precipuamente uma função de proibição de intervenção e de direito de defesa. Como a norma do direito de defesa possui conteúdo delimitado e, com isso,

[733] CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Editora Almedina, Coimbra, 2003, pp. 47-59.
[734] CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Editora Almedina, Coimbra, 2003, pp. 47-59.
[735] CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Editora Almedina, Coimbra, 2003, pp. 47-75.

exige um comportamento estatal específico, a aplicação da norma de direito fundamental pelo legislador e pelo juiz teria como parâmetro o princípio da proibição de excesso.

Por outro lado, como o Estado seria o destinatário da norma de direito fundamental, possui a obrigação de proteger um cidadão perante os demais membros da sociedade, através de uma função dos direitos fundamentais como imperativo de tutela e direito de proteção. Em princípio, o dever de proteção estatal é indeterminado, cabendo ao legislador ordinário decidir sobre a forma de satisfação do dever de proteção. Entretanto, diante da falta de decisão do legislador, o juiz poderia realizar o dever de proteção, através da constituição autônoma do direito ou pela interpretação de conceitos jurídicos indeterminados. Fundado no princípio da proibição de insuficiência, as normas de direitos fundamentais poderiam ser aplicadas quando a proteção conferida pelo Estado fosse inexistente ou insuficiente, de acordo com um mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente imposto.[736]

Antes da questão sobre a aplicação do imperativo de tutela, deve ser comprovada que a hipótese normativa do direito fundamental tem aplicação no caso concreto entre particulares. Caso a resposta seja afirmativa, deve restar constatada a existência de um dever de proteção estatal, que ocorrerá sempre que houver uma necessidade ponderosa de proteção do direito fundamental no caso concreto. A necessidade de proteção estará presente quando apenas o Estado, por meio de atos de autoridade (leis, atos administrativos, etc), possa garantir o bem jurídico- fundamental perante intervenções fáticas de sujeitos de direito privado. A justificativa para o dever de proteção estatal em face de atos de sujeitos de direito privado depende da ilicitude do ato, da natureza e da hierarquia do bem fundamental constitucionalmente protegido (vida, saúde), do peso da intervenção, da intensidade da ameaça, da dependência do titular do direito fundamental da colaboração ou tolerância de outros particulares, da possibilidade de autoproteção eficaz pelo titular do direito, do peso dos direitos e interesses contrapostos. Verificada a existência do dever de proteção estatal, em princípio, os instrumentos para tal devem ser conferidos pelo direito ordinário,

[736] CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Editora Almedina, Coimbra, 2003, pp. 47-75.

de acordo com a liberdade de conformação do legislador.[737] Somente na falta do legislador caberia ao juiz prover o direito de proteção. Para além das hipóteses de aplicação da proibição do excesso e da insuficiência, admite o autor que as normas de direitos fundamentais desempenham importante papel para a interpretação do direito privado, especialmente para a concretização de cláusulas gerais.[738]

Ao contrário da Alemanha, na Espanha a doutrina da aplicação horizontal imediata ou direta é majoritária. Mesmo admitindo a aplicação direta das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, a doutrina espanhola acentua a necessidade de se ponderar a autonomia privada com o direito fundamental a ser resguardado. BILBAO UBILLOS[739] informa que na Constituição Espanhola existem direitos fundamentais que pressupõem sua aplicação na esfera privada, como os direitos à honra, à intimidade, à imagem e à liberdade de religião. VEGAS GARCIA[740] acentua que a aplicação direta teria o objetivo de corrigir as desigualdades sociais. Não se deveria confundir liberdade com autonomia privada, na medida em que não haveria liberdade em um contexto de desigualdade entre as partes. Por sua vez, NARANJO DE LA CRUZ[741] defende que em um Estado Social devem ser aplicadas diretamente as normas de direitos

[737] CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Editora Almedina, Coimbra, 2003, pp. 101-128. CANARIS (CANARIS, op. cit., 2003, pp. 59) informa que essa doutrina tem sido adotada na jurisprudência mais recente do Tribunal Constitucional Federal. Para tanto, cita as decisões sobre o representante comercial, sobre a fiança e sobre o direito do filho de obter da mãe informações sobre a identidade do pai biológico (BVerfGE, VOL. 96).

[738] CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Editora Almedina, Coimbra, 2003, pp. 47-75.

[739] BILBAO UBILLOS, Juan María. La Eficácia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares. Centro de Estudios Consitucionales, Madrid, 1997, pp. 349-382 apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 205-206.

[740] VEGAS GARCIA, Pedro de. Dificuldades y Problemas para la Construcción de un Constitucionalismo de la Igualdad (en caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales). In PÉREZ LUÑO, Antonio- Enrique (Org.). Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Marcial Pons, 1996, pp. 265-280 apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 206.

[741] NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. Los limites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares: La Buena Fe. Centro de Estudios Consitucionales, Madrid, 2000, pp. 187-2015 apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 206-207.

fundamentais nas relações privadas, de forma a garantir os direitos de pessoas vulneráveis em face dos poderes privados.

Em decorrência da adoção da concepção do Estado Social na Constituição de 1947, a doutrina italiana majoritária também entende pela aplicação direta das normas de direitos fundamentais nas relações privadas.[742]A jurisprudência segue o entendimento da doutrina, reconhecendo a aplicação direta, conforme sentenças 122/197 e 202/1991 do Tribunal Constitucional Italiano.[743]

Em Portugal, o artigo 18.1 da Constituição prevê que as normas constitucionais de direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades privadas. Embora o Poder Constituinte tenha tido a intenção de resolver a questão de forma expressa e definitiva na Constituição de 1976, a doutrina ainda questiona como se dá a vinculação (direta ou indiretamente) e quais os efeitos práticos que uma norma constitucional de direito fundamental produz nas relações privadas (o mesmo que na relação com o Estado ou de forma diferenciada).[744]

Nesse ponto, REIS NOVAIS[745] critica a Constituição Portuguesa uma vez que não confere a garantia de acesso dos particulares ao Tribunal Constitucional Português para a análise do conflito, já que a fiscalização de inconstitucionalidade somente permite o recurso de particulares ao Tribunal Constitucional com fundamento na inconstitucionalidade de normas, mas não com base na inconstitucionalidade de atos ou omissões judiciais. Por conta

---

[742] PERLINGERI, Pietro. Perfis de Direito Civil. Tradução Maria Cristina Cico, Ed, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 11 apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 215.

[743] Em: SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 214.

[744] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 29-53; ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 229-262.

No mesmo sentido: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1285-1295. Conforme CANOTILHO, mesmo em Portugal, em que a Constituição prevê no artigo 18º, 1, que os preceitos consagradores de direitos, liberdade e garantias vinculam as entidades privadas, há divergência sobre o como e a forma como se concebe esta eficácia. A doutrina portuguesa também debate sobre a aplicação da teoria da eficácia direta ou imediata e a teoria da eficácia indireta ou mediata.

[745] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 29-53.

disso, em que pese a previsão constitucional, não há vasta jurisprudência produzida pela Corte Constitucional Portuguesa sobre a aplicação das normas de direitos fundamentais entre particulares.

A doutrina preponderante portuguesa acolhe a tese da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, com algumas diferenças e temperamentos.[746] Sob o fundamento de que a Constituição Portuguesa teria previsto a liberdade e a igualdade substanciais, ANA PRATA[747] defende que a aplicação direta das normas de direitos fundamentais nas relações privadas não poderia ser obstada pela autonomia privada.

Segundo VIEIRA ANDRADE[748], devem ser conciliados os princípios da justiça social e da autonomia privada para se admitir uma vinculação direta quando houver uma desigualdade manifesta entre as partes ou ameaça de violação de conteúdo essencial do direito fundamental. Em caso de manifesta desigualdade entre as partes na relação privada, as normas de direitos fundamentais serão aplicadas de forma gradativa, de acordo com o tipo de relação de poder existente no caso em concreto. Por outro lado, mesmo em se tratando de relação privada entre iguais, a aplicação das normas de direitos fundamentais deve ser direta quando haja afronta à dignidade da pessoa humana, correspondente ao conteúdo essencial absoluto do direito (garantia mínima constitucional).

---

[746] Registre-se a existência de doutrina minoritária que defende a aplicação indireta dos direitos fundamentais na esfera privada. Nesse sentido: PINTO, Carlos Alberto Mota. Teoria Geral do Direito Civil. 3ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 72-80; LUCAS PIRES, Francisco. Uma Constituição para Portugal. Almedina, Coimbra, 1975, pp. 89-90 apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 209.

[747] PRATA, Ana. A Tutela Constitucional da Autonomia Privada. Ed. Almedina, Coimbra, 1982, p.137 apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 211.

[748] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 229-262. Segundo o jurista português, não se poderia tratar da mesma maneira a relação de poder decorrente do poder familiar, havida entre pais e filhos, e a relação de poder estabelecida entre empregado e empregador.
Posição semelhante é defendida por Vasco Pereira da Silva: PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. Revista de Direito Público nº 82, pp. 41-52.

Já quando não esteja presente essa desigualdade e diante da inexistência de violação do conteúdo essencial, entende VIEIRA ANDRADE[749] que, em virtude da dimensão objetiva, os direitos fundamentais seriam valores que devem ser concretizados pelo legislador e que guiam a interpretação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados. Diante da falta de norma legal, pode o juiz estabelecer a norma da decisão recorrendo aos conceitos abertos do direito privado e os preenchendo com os valores consubstanciados nas normas constitucionais de direitos fundamentais.

No caminho oposto da doutrina dominante portuguesa, REIS NOVAIS[750] compreende que tanto a doutrina da aplicação imediata como a da mediata seriam inadequadas quanto à aplicação das normas de direito fundamental às relações privadas, por isso, defende a vinculação dos particulares por meio da tese de um dever de proteção estatal. Além de criticar a utilização do método da ponderação (não necessário na teoria do dever de proteção), também critica os condicionamentos estabelecidos pela tese da aplicação direta das normas de direitos fundamentais nas relações privadas (desigualdade na relação, poder privado análogo ao poder público, violação do conteúdo essencial do direito, dentre outros), sob o fundamento de que não seriam fatores objetivamente identificáveis, dando ensejo ao decisionismo e ao subjetivismo do aplicador do direito.

Em sua crítica, REIS NOVAIS[751] aduz que a tese da aplicação direta confunde o conceito de direitos fundamentais no tocante à sua aplicação nas relações privadas, uma vez que não realiza a distinção entre direito fundamental enquanto reconhecimento de princípio de acesso individual aos bens que se consideravam fundamentais (se e na medida da lei) e os direitos fundamentais enquanto garantias jurídicas (natureza constitucional e produzindo efeitos próprios e diretos). O segundo sentido teria surgido na década de 50, com o reconhecimento da força normativa da Constituição e a ideia dos direitos fundamentais como trunfos contra a maioria. Por se tratar de uma garantia

[749] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 229-262.
[750] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 55-148.
[751] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 95-211.

jurídica, ou a tese da aplicação direta adota a expressão direitos fundamentais como mera retórica e consequente enfraquecimento da sua força normativa ou adota o termo direito fundamental como uma garantia jurídica e torna todas as relações entre particulares como questão de direito fundamental, resultando em uma mitigação da liberdade e da separação de poderes. Ainda que considerados como garantias jurídicas, os direitos fundamentais não poderiam ser aplicados imediatamente entre os particulares como trunfos, notadamente quanto aos limites aos limites, referente aos princípios da igualdade e da proporcionalidade.

A aplicação direta das normas de direitos fundamentais, ainda adverte REIS NOVAIS[752], desconsidera os atos jurídicos produzidos entre particulares, acarretando insegurança jurídica na medida em que o operador do direito pode optar entre a aplicação da norma constitucional ou do ato negocial, permitindo que qualquer resultado seja possível já que o critério de aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas não seria objetivo. A aplicação da tese da vinculação direta poderia resultar no absurdo de se considerar todos os conflitos entre particulares como conflito de direitos fundamentais, atraindo não só uma controvérsia constitucional como também o exercício da fiscalização de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional sobre questões privadas, com nítido enfraquecimento da dogmática dos direitos fundamentais.

Por isso, REIS NOVAIS[753] defende um terceiro entendimento, no sentido de que a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas decorre do dever de proteção do Estado. Seria um ponto de vista diferente de analisar a questão, não mais a partir da aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações entre particulares, mas nos deveres impostos ao Estado. Segundo as teorias contratualistas, os particulares teriam renunciado ao poder de autodefesa para o convívio em sociedade e, com isso, teriam transferido ao Estado o monopólio do uso da força. Em contrapartida, o Estado teria o dever de proteger o indivíduo dos riscos e ameaças da vida em

[752] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 68-76; pp 95-211.

[753] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 215-253. Para REIS NOVAIS (NOVAIS, op. cit., 2018, p. 224), a teoria dos deveres de proteção surge associada à tese mediata, como desenvolvimento desta.

comunidade. Caso o Estado não cumprisse essa obrigação ou não a desempenhasse adequadamente, o acesso e a garantia individual aos bens jusfundamentais previstos na Constituição seriam totalmente ineficazes. Aduz REIS NOVAIS que os particulares não seriam os destinatários diretos dos direitos fundamentais, assim sendo, não teriam nenhum dever positivo de proteção ou promoção. Teriam somente um dever geral de respeito proveniente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cuja violação pelo particular desencadeia o dever de proteção estatal, materializado em atos emanados dos órgãos estatais.

Como menciona o professor português, sobre o Estado incidiria um dever de respeito, de proteção e de promoção. O dever de respeito corresponde à não intervenção do Estado na esfera jurídica do indivíduo. Por sua vez, o dever de promoção significa o dever do Estado de promover o acesso aos bens sociais àqueles que não possuem condições de aceder com recursos próprios. Por fim, o dever de proteger significa o dever do Estado de proteger seu cidadão em face de ameaças provindas de particulares ou de eventos naturais ou de atos praticados pelo próprio Estado. Para efeitos de fiscalização judicial, leciona REIS NOVAIS[754] que o dever de respeito está sujeito a uma reserva geral imanente de ponderação, uma vez que o legislador pode afetar um direito fundamental sempre que objetive resguardar um bem ou valor digno de igual ou maior tutela. O dever de proteção, por outro lado, além de sujeito à reserva imanente de ponderação, fica subordinado à reserva do politicamente adequado, na medida em que o legislador democrático pode optar pela melhor forma de proteção, dentre as diversas medidas existentes. Por fim, no tocante ao dever de promoção, se não bastassem as duas reservas acima mencionadas, incide ainda a reserva do financeiramente adequado, que diz respeito à opção da maioria sobre a alocação dos recursos disponíveis. Dessa forma, conclui REIS NOVAIS[755] que por meio da reserva do politicamente adequado seria conferida

[754] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 215-253.
[755] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 255-267.

maior margem de decisão aos órgãos responsáveis pelo cumprimento do dever de proteção, limitando a margem e a densidade do controle judicial.

Portanto, segundo REIS NOVAIS[756], o dever de proteção vincularia primeiramente o Legislador quanto ao dever de tutela do direito fundamental. O juiz teria um dever de complementação da obrigação imposta originalmente ao legislador, em um primeiro momento através da interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais do Direito. Entretanto, na ausência de lei ou de cláusula geral aplicável ou mesmo apesar da lei, deve o juiz garantir nas relações privadas o acesso individual ao bem jusfundamental protegido. A intervenção judicial caracterizar- se- ia por não restringir desproporcionalmente o direito de defesa de uma das partes, nem por deixar indevidamente desprotegido um direito à proteção da outra parte. Nesse sentido, quando a omissão de proteção estatal deixasse o indivíduo em uma posição de clara e inadmissível desproteção, utilizando-se de um critério de evidência e em nome do princípio da proibição do défice, ficaria o juiz obrigado a suprir a omissão estatal. Assim como, com fundamento no princípio da proibição do excesso, o dever de respeito seria violado quando o Estado restringisse demasiadamente o acesso individual a um bem garantido constitucionalmente, no caso do princípio da proibição do défice o dever estatal de proteção padeceria de uma omissão inconstitucional quando ficasse abaixo da proteção constitucionalmente garantida.

Com fundamento na doutrina germânica da tese da congruência, critica-se a autonomia dogmática do princípio da proibição do défice no campo das relações triangulares, na medida em que não passaria de uma perspectiva do princípio da proibição do excesso. Isto porque, tanto a falta de proteção estatal do direito da vítima como a compressão do direito do ofensor, apelariam para o controle judicial sob a égide do princípio da proporcionalidade. Ambas as pretensões dos particulares seriam simétricas, ensejando a congruência do controle judicial como resultado da análise do máximo da restrição do direito do ofensor e o mínimo de proteção do direito da vítima. Assim sendo, o princípio

[756] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 213-253.

da proibição do défice não seria mais do que uma manifestação do princípio da proibição do excesso, a não merecer autonomia dogmática.

Não obstante, menciona REIS NOVAIS[757] que a crítica emanada da tese da congruência somente faria sentido se fosse adotada a concepção de otimização dos direitos e dos deveres estatais para a determinação da inconstitucionalidade da omissão estatal de proteção, entretanto, essa otimização poderia ensejar a violação aos princípios da separação de poderes e democrático. Dessa forma, para se estabelecer um mínimo, por meio de um critério de evidência, seria de todo necessário se conferir autonomia dogmática ao princípio da proibição do défice. Como decorrência da ressubjetivização do dever estatal de proteção, embora nem sempre o particular possa exigir um direito subjetivo da norma constitucional que imponha um dever ao Estado, haveria um direito de o particular exigir a proteção estatal quando restasse violado o princípio da proibição do défice.

Em respeito à separação de poderes e ao princípio democrático, defende o professor lusitano que o controle de constitucionalidade decorrente do princípio da proibição do défice somente é compatível com um controle de evidência, já que deve ser reservada uma ampla margem de conformação ao legislador democrático quanto ao dever de proteção, como consequência da reserva do politicamente adequado ou oportuno. Assim sendo, enquanto que sobre o ato estatal que restringe o direito do agressor incide um controle judicial mais intenso, por se tratar de um dever estatal de respeito, no tocante ao dever de proteção há um controle jurisdicional por evidência.[758]

O conteúdo normativo do princípio da proibição do défice, para efeitos de aferição da constitucionalidade do dever de proteção, seria determinado em

[757] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 285-308.

[758] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 338-351. Somente em casos excepcionais a jurisprudência alemã vem admitindo o controle judicial sobre o dever de proteção estatal, isto porque existiriam diversas medidas que poderiam ser adotadas para o cumprimento do dever de proteção dos bens jurídicos tutelados constitucionalmente. Com base no princípio da proporcionalidade, na sua versão de proibição do défice ou proibição da insuficiência, o controle judicial seria permitido em situações em que a medida de proteção adotada ficasse abaixo de um patamar mínimo necessário à garantia do bem jurídico.

duas dimensões. A primeira baseada no conteúdo mínimo da prestação a que o Estado está obrigado a realizar e, em um segundo momento, na constatação da desrazoabilidade da situação objetiva e subjetiva em que a falta da devida proteção estatal deixa os potenciais beneficiários. A primeira dimensão se alinha com a tese do controle de mínimos, em que, segundo REIS NOVAIS[759], atendendo às circunstâncias da situação concreta, for manifesta a necessidade e a possibilidade de garantia de um mínimo de proteção, que sem justificação aceitável não foi prestado pelo Estado. Em complementação, a razoabilidade incide sobre as consequências da omissão estatal na esfera jurídica pessoal dos afetados, situação em que a inconstitucionalidade seria constatada quando objetivamente restasse uma situação pessoal intolerável à luz de um Estado de Direito.

Diferentemente do que ocorre com os deveres de promoção, em que se estabelece uma relação bipolar entre indivíduo e Estado, no dever de proteção geralmente se estabelece uma relação triangular entre agressor, vítima e Estado. Dessa forma, embora REIS NOVAIS[760] defenda uma aplicação uniforme do princípio da insuficiência aos deveres estatais de proteção e de promoção, admite que existem especificidades que devem ser levadas em conta, como a submissão do dever de promoção à reserva do financeiramente possível e a eventual necessidade de se afetar o direito do agressor quando se trata de um dever de proteção. Entretanto, defende o autor que essas peculiaridades não alteram a estrutura e o conteúdo do princípio da proibição do défice.

3- A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

A Constituição Brasileira não adota uma posição expressa quanto à aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, como faz,

[759] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 338-351.
[760] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 338-351.

por exemplo, a Constituição Portuguesa em seu artigo 18º, nº 1. Assim como a Brasileira, a Constituição Alemã também nada dispõe sobre a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, somente prevê no artigo 1º, item 3, que os direitos fundamentais *"(...) vinculam os poderes legislativo, executivo e judicial*." No entanto, desde a década de 50, a doutrina alemã aceita a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas. Logo, a falta de previsão expressa na Constituição Brasileira não é empecilho para que seja reconhecida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Por conta da adoção do princípio da socialidade, de plano, pode-se afirmar que é incompatível com a Constituição Brasileira a doutrina norte americana do *state action*, no qual somente os atos estatais estariam vinculados aos direitos fundamentais. A tese de cunho nitidamente liberal exclui a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, privilegiando a liberdade e igualdade meramente formais, para que seja assegurada a autonomia de vontade dos contratantes, o que flagrantemente atenta contra a natureza social do Estado Brasileiro.

O caráter social da República Brasileira é indissociável da própria concepção de um Estado Democrático de Direito (artigo 1º), resulta da previsão de que são objetivos da República Federativa do Brasil constituir uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I); erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, inciso III); promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, inciso IV). Para que sejam cumpridos os objetivos previstos no artigo 3º, o Estado Social Brasileiro deve adotar uma postura necessariamente intervencionista, em que haja uma aproximação entre Poder Público e sociedade, no sentido de promover a justiça social.[761] Portanto,

[761] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 398-407; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, p.237. Nesse sentido, valorosa é a lição de SARMENTO, em obra dedicada à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: “Com efeito, qualquer posição que se adote em relação à controvérsia em questão não pode se descurar da moldura axiológica delineada pela Constituição de 1988 e do sistema de direitos fundamentais por ela hospedado. Não há dúvida, neste ponto, que a Carta de 88 é intervencionista e social, como seu generoso elenco de direitos sociais e econômicos (arts. 6º e 7º, CF) revela com eloquência. Trata-se de uma Constituição que indica, como primeiro objetivo fundamental da República, “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I,

não se pode desconsiderar a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, resta, então, decidir sobre a forma como ocorre a vinculação às normas de direitos fundamentais.

Nesse aspecto, não se mostra adequada a aplicação do entendimento consolidado na doutrina e na jurisprudência alemãs ao ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Tanto a Constituição Alemã como a Brasileira adotam o princípio do Estado Social, entretanto, salvo raras exceções, não há previsão de direitos sociais na Constituição Germânica, isto porque o Poder Constituinte Alemão preferiu que os direitos sociais fossem consagrados pelo legislador ordinário. Diferentemente, a Constituição Brasileira previu expressamente inúmeros direitos sociais, além de lhes conferir uma proteção privilegiada contra a maioria, muitos deles são exercidos diretamente em face de particular. Tudo isso demonstra que a dogmática alemã sobre a questão não se mostra adequada à realidade constitucional brasileira, já que naquele país a atuação do legislador é preponderante para se determinar o nível de atuação do Estado no campo social. Na Alemanha, em que a concretização do Estado Social depende da atuação legislativa, faz todo sentido que a doutrina dominante adote a vinculação indireta, onde se prestigia a atuação do legislador. Entretanto, no Brasil, em que o princípio do Estado Social e os respectivos direitos sociais previstos na Constituição impõem uma maior intervenção do Estado na sociedade, mais adequada com a ordem jurídico- constitucional seria a adoção da aplicação direta ou imediata. Essa maior socialidade da Constituição Brasileira sugere uma maior intervenção na sociedade em prol de uma garantia da igualdade substancial na área social.[762]

A interpretação e a aplicação das normas constitucionais não podem ser dissociadas da realidade social onde é aplicada. Por isso, os valores e diretrizes

---

CF) e que não se ilude com a miragem liberal de que é o Estado o único adversário dos direitos humanos. Nossa Constituição, apesar da irresignação de alguns, consagra um modelo de Estado Social, voltado para a promoção da igualdade substantiva, o que projeta inevitáveis reflexos sobre a temática ora versada. Ela não se baseia nos mesmos pressupostos ideológicos que sustentaram a separação rígida entre Estado e sociedade civil, e que serviram, historicamente, para fundamentar a exclusão dos direitos fundamentais do campo das relações entre particulares."

[762] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, p.238. SARMENTO aponta que "(...) o sistema de direitos fundamentais inscrito na Carta brasileira está mais caracterizado pela socialidade do que o sistema germânico."

previstos na Constituição Brasileira devem ser interpretados e aplicados para a promoção da justiça social e da dignidade da pessoa humana, notadamente em um país historicamente caracterizado pela injustiça social como o Brasil. Assim sendo, a aplicação das normas de direitos fundamentais deve ter o compromisso de mudança do *status quo,* também nas relações privadas onde se materializam as opressões sobre os mais vulneráveis.[763] Dessa forma, não se pode negar a aplicação direta das normas constitucionais de direitos fundamentais nas relações privadas. A própria Constituição Brasileira prevê normas diretamente aplicáveis entre particulares, não há dúvidas de que existem direitos que são exercidos diretamente em face de particulares, assim ocorre com o direito de resposta (artigo 5º, inciso V), a garantia do salário mínimo (artigo 7º, inciso VII), do décimo terceiro (artigo 7º, inciso VIII) e a liberdade individual de associação profissional ou sindical (artigo 8º, inciso V).[764]

Não há que se falar em violação ao princípio da autonomia da vontade, uma vez que não existe liberdade onde não impera uma mínima igualdade material. Muitas relações privadas envolvem relações de poder, principalmente quando as entidades privadas possuam monopólio do serviço de interesse público ou sejam dotadas de poderes típicos do poder público, o que obsta o exercício pleno da liberdade de contratar. Portanto, a aplicação direta das normas de direitos fundamentais não viola a autonomia privada, mas, pelo contrário, tem o objetivo de efetivamente promovê-la uma vez que pressupõe uma real autodeterminação das partes envolvidas.[765]

---

[763] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 236-246; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Ed. Saraiva, São Paulo, p.260.

[764] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 398-407; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição concretizada. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pp. 107-163; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 236-246.
Ressalva-se o entendimento de Jorge Reis Novais (NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 46), no sentido de que a aplicabilidade direta viola frontalmente a norma do artigo 5º, inciso II da Constituição Brasileira.

[765] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 229-262; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto

Mesmo nas relações privadas entre iguais, deve-se admitir a aplicação direta das normas de direitos fundamentais, em detrimento da autonomia de vontade, sempre que se tratar da defesa do núcleo essencial do direito fundamental do cidadão, que esteja intimamente conectado com a dignidade da pessoa humana.[766] A dignidade da pessoa humana é o valor principal a ser resguardado pela ordem constitucional, portanto, não se pode admitir que atos negociais constituam grave violação à dignidade da pessoa humana.

No entanto, isso não quer dizer que a norma de direito fundamental deva ser aplicada de forma irrestrita na relação privada, sem qualquer consideração da liberdade de contratar. O reconhecimento da autonomia privada, como garantia fundamental constitucionalmente assegurada, impõe que os direitos fundamentais sejam aplicados na esfera privada de forma diferenciada em relação ao seu exercício em face do Estado. Assim como a autonomia de vontade não é um princípio absoluto, o direito fundamental também não o é, pelo que deve haver ponderação de interesses.[767] Essa ponderação deve ser realizada inicialmente pelo Legislador, entretanto, diante da falta de norma regulamentadora ou de sua incompatibilidade com a norma constitucional, deve o juiz decidir sobre a preponderância da autonomia de vontade ou do direito fundamental no caso concreto.[768]

Por conta disso, também deve ser refutado o argumento de que a aplicação direta atentaria contra o princípio democrático. De fato, cabe ao Poder Legislativo decidir sobre a efetivação do direito fundamental quando o Poder Constituinte não tiver decidido. No entanto, não existe óbice à aplicação direta

---

Alegre, 2007, pp. 398-407; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 236-246.

[766] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 229-262; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 398-407.

[767] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 236-246; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição concretizada. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pp. 107-163.

[768] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 259-272; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição concretizada. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pp. 107-163.

da norma de direito fundamental quando haja expressa previsão constitucional nesse sentido, quando a legislação for omissa ou quando esta for contrária às normas constitucionais.[769]

Por outro lado, também não haveria insegurança jurídica. Argumenta-se que as normas de direitos fundamentais seriam amplas e abertas, o que poderia acarretar um decisionismo judicial no âmbito das relações privadas. Entretanto, no direito privado é comum a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, que conferem ampla margem para interpretação ao julgador. Se não bastasse isso, a segurança jurídica não é um valor absoluto e deve ser sopesado com outros valores consagrados na Constituição, principalmente com os valores consubstanciados nos direitos fundamentais, que estão intimamente ligados à dignidade da pessoa humana. Eventual incerteza acerca da aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas deve ser superada através da construção de uma jurisprudência do Tribunal Constitucional, que confira racionalidade ao tema através de uma coerente argumentação jurídica.[770]

O estabelecimento desses parâmetros jurisprudenciais deve levar em conta a desigualdade substancial existente na relação jurídica privada. Em decorrência da adoção do Estado Social na Constituição Brasileira, não se pode tolerar que as relações privadas sejam mecanismos de perpetuação de uma desigualdade social. Como forma de assegurar os direitos fundamentais da parte vulnerável contra a opressão do poder econômico privado, deve o Estado intervir para que a liberdade do mais fraco seja efetiva. Assim sendo, quanto maior a desigualdade, maior deve ser a proteção ao direito fundamental e mais intensa a restrição à autonomia privada. Ao contrário, quando se tratar de relação entre iguais, deve ser prestigiada a autonomia privada e o grau de restrição ao direito fundamental pode ser maior. [771]

Também deve ser levado em consideração o bem jusfundamental garantido pela norma de direito fundamental, uma vez que quanto mais íntima a

[769] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 236-246.
[770] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 236-246.
[771] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 259-272; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 398-407.

relação com a garantia da dignidade da pessoa humana maior deve ser a restrição à autonomia privada. Incumbe ao administrador, ao juiz e ao legislador impor limites ao exercício do direito de liberdade e da autonomia privada para contratar sempre que houver nítida violação dos direitos fundamentais intimamente ligados à dignidade da pessoa humana.[772]

Deve ser advertido, no entanto, que mesmo quando se tratar de relação jurídica privada desigual ou de garantia de importante bem jusfundamental, jamais deve ser desconsiderada a autonomia de vontade, ponto diferencial da relação entre indivíduo e Estado. Isto porque a mera imposição dos valores dos direitos fundamentais sobre a autonomia privada poderia conduzir à extinção do pluralismo existente na sociedade, com prejuízo enorme para a liberdade. Nesse sentido, é na própria dignidade da pessoa humana que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações privada deve encontrar seu limite. Ao indivíduo deve ser conferido o direito de fazer escolhas, de acordo com o seu plano de vida, sem que tenha que seguir regras previamente estabelecidas pelo Estado, mesmo que se tratem de normas de direitos fundamentais. Principalmente em áreas afetivas e sentimentais, essa opção deve ser mais intensamente assegurada, como direito conectado à dignidade da pessoa humana de livre determinação do plano de vida individual. Enquanto nas relações privadas patrimoniais há uma maior receptividade de incidência direta das normas de direitos fundamentais, nas relações afetivas essa incidência deve ser mais cautelosa.[773]

Também não se mostra adequada a adoção da teoria do dever de proteção na ordem constitucional brasileira. Não parece acertado exigir um controle judicial mais intenso quanto à restrição do direito do ofensor, enquanto que para o direito do ofendido um mero critério de evidência. Nas relações de poder, principalmente nas relações privadas travadas com grandes empresas multinacionais, a parte mais vulnerável deve merecer uma maior tutela do

[772] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 259-272; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1285-1295; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 398-407.
[773] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 259-272.

Estado. Como o objetivo do princípio do Estado Social é a promoção da igualdade substancial, não faz sentido que o comportamento estatal, que deixe de tutelar o direito da parte mais fraca, esteja sujeito a um controle judicial mais débil, enquanto a restrição ao direito da parte agressora e com maior poder econômico, social ou político esteja submetido a um controle judicial mais severo. Dessa forma, a aplicação da teoria do dever de proteção não leva em conta a relação de poder estabelecida e confere uma menor proteção ao direito da vítima vulnerável, uma vez que tem como fundamento um patamar mínimo, abaixo do qual seria inconstitucional a falta de proteção estatal.

Por outro lado, a mera previsão constitucional de um dever estatal de proteção não importa na garantia judicial de um respectivo direito subjetivo individual, na medida em que esse dever de proteção deve ser implementado primordialmente através de uma opção do legislador democrático.[774] Ademais, a teoria possui uma contradição já que impõe um dever ao Estado de impedir que o particular lese direitos fundamentais de outrem e, ao mesmo tempo, aceita que esse mesmo particular possa cometer essa lesão.[775] Como consequência, em um país com uma profunda e histórica desigualdade social, a teoria do dever de proteção confere uma garantia inadequada dos direitos fundamentais na esfera privada.

---

[774] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 132-133. Como menciona SARMENTO, a Corte Constitucional Alemã reconhece que a tarefa de decidir sobre o dever de proteção estatal é do Legislador. No caso do sequestro do empresário Hans Martin Schleyer (88 BverfGE 203), no ano de 1977, um grupo terrorista condicionou libertação à soltura de onze presos pertencentes à mesma organização criminosa. Diante da negativa do governo em atender as reivindicações do grupo terrorista, o filho do empresário interpôs queixa ao Tribunal Constitucional sob o fundamento de que a inércia estatal acarretaria a morte de seu pai. Em sua decisão, o Tribunal entendeu que caberia ao governo decidir sobre as medidas a serem adotadas para desempenho da obrigação estatal de proteção da vida, uma vez que a Constituição teria previsto o dever de proteção de todos os cidadãos, não apenas de um indivíduo.
No mesmo sentido, na decisão proferida no caso do Aborto em 1993 (46 BverfGE 160), o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que, embora a realização do aborto fosse contrária à Constituição, caberia ao legislador decidir sobre os meios necessários à proteção da vida do feto.

[775] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 216-220.

A doutrina da aplicação direta é majoritária no Brasil.[776] O Supremo Tribunal Federal também já adotou a tese da aplicação direta em seus julgados. No Recurso Extraordinário nº 158215-4/RJ[777], entendeu por aplicar diretamente o direito fundamental à ampla defesa (artigo 5º, LV) para anular a exclusão de associados de uma cooperativa, aos quais não tinha sido assegurado o direito de defesa. No mesmo sentido, de que deveria ser respeitado o direito de defesa e o devido processo legal, no Recurso Extraordinário nº 201819[778], o Supremo Tribunal Federal entendeu que deveria ser anulada a decisão da União Brasileira de Compositores, que havia excluído um sócio da entidade sem que lhe fosse assegurado o direito de defesa. Por fim, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 161.243-DF[779], a Corte Constitucional Brasileira decidiu, com base no princípio da igualdade (artigo 5º, caput), que deveria ser estendido ao trabalhador brasileiro a aplicação do Estatuto Pessoal da empresa Air France, que somente era aplicado aos empregados franceses.

Embora a tese predominante na jurisprudência e na doutrina brasileiras seja da aplicação direta, não se pode desprezar que os valores consubstanciados nos direitos fundamentais também servem de diretriz para a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais de direito privado. A adoção da tese da aplicação direta não impede que as normas de direitos fundamentais também sejam fonte inspiradora da interpretação e aplicação das normas de direito privado, principalmente diante de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.[780]

---

[776] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 236-246; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 398-407; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição concretizada. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pp. 107-163; BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. Ed. Saraiva, São Paulo, p.260.

[777] In: SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 246-253.

[778] In: SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 246-253.

[779] In: SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 246-253.

[780] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 83-104.

Por sua vez, a aplicação direta das normas de direitos fundamentais nas relações privadas diz respeito tanto aos direitos de liberdade como aos direitos sociais, econômicos e culturais e aos direitos políticos.[781]

Em relação aos direitos da personalidade, estes decorrem diretamente da dignidade da pessoa humana e se desdobram em personalidade física (vida, corpo, imagem, etc) e moral (reputação, nome, intimidade, etc). Embora geralmente imponham um dever de abstenção para toda a coletividade, também existem deveres comissivos direcionados aos particulares, como o dever de educar os filhos ou de prestar alimentos. Para a garantia desses direitos da personalidade seria viável a restrição da autonomia privada em relações privadas.[782]

No tocante aos direitos sociais trabalhistas, não há controvérsia sobre a sua aplicação direta em relação aos empregadores, como pode ser observado no extenso rol de direitos previstos no artigo 7º da Constituição Brasileira. Entretanto, em relação a outros direitos sociais, tradicionalmente exercidos em face do Estado, como os direitos à saúde, educação e moradia, o tema é mais tormentoso.

---

[781] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 83-104.

[782] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 83-104. Segundo SARMENTO, em relação aos direitos da personalidade, a doutrina divide-se quanto à adoção de uma tese pluralista e outra monista. Pela primeira, somente os direitos expressamente enunciados pelo legislador seriam tutelados como valores fundamentais na esfera privada. Já a concepção monista defende um direito geral da personalidade, que abrangeria os direitos previstos pelo legislador e outros direitos não enunciados expressamente, que poderiam ser invocados e tutelados judicialmente.

A Constituição Portuguesa, ao garantir o livre desenvolvimento da personalidade (artigo 26, item 1), e o Código Civil Português, ao prever a tutela geral da personalidade (artigo 70, item 1), consagraram a teoria monista de garantia ampla da personalidade. Da mesma forma, a Constituição Alemã (artigo 2º) assegurou uma proteção ampla aos direitos da personalidade ao prever o direito "ao livre desenvolvimento da personalidade".

Em princípio, o legislador brasileiro teria adotado a tese pluralista por meio da previsão dos direitos da personalidade de forma expressa nos artigos 11 a 21 do Código Civil Brasileiro. No entanto, grande parte da doutrina brasileira sustenta a concepção de que, além dos direitos expressamente consignados, poderia ser invocado um direito geral da personalidade nas relações privadas para a garantia de outros bens componentes da personalidade humana, com base na cláusula geral de responsabilidade por dano moral prevista no artigo 186 do Código Civil.

Em Portugal, segundo CANOTILHO[783], a doutrina preponderante aceita a eficácia horizontal e a vinculação indireta das normas de direitos fundamentais sociais nas relações privadas, principalmente para vincular as relações privadas ao núcleo essencial, ligado à dignidade da pessoa humana. Da mesma forma, embora com base na teoria do dever de proteção, REIS NOVAIS[784] defende que não haveria justificativa plausível para que a aplicação das normas de direitos fundamentais às relações particulares fosse limitada às normas de direitos, liberdades e garantias, excluindo a vinculação dos particulares às normas de direitos sociais.

No âmbito da doutrina brasileira, para SARLET[785] não haveria diferença entre os direitos de natureza defensiva e os direitos prestacionais, para efeitos de aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações particulares. Segundo o autor, mesmo que os direitos prestacionais vinculassem, em princípio, o Poder Público, haveria uma eficácia horizontal direta nas relações privadas. Deveria haver uma ponderação entre o direito fundamental social e a

[783] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 483-484. Segundo CANOTILHO (CANOTILHO, op. cit., pp. 483-484): "A doutrina não tem dúvidas em aceitar a "eficácia horizontal" dos direitos sociais, econômicos e culturais sob as duas modalidades de "efeito mediato" ou de "eficácia indirecta": (1) impondo ao legislador a "atracção das normas sociais" segundo os direitos constitucionais sociais (ex: lei sobre a dispensa do 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). A teleologia intrínseca da Constituição portuguesa aponta para uma eficácia horizontal dos direitos econômicos, sociais e culturais. Isto parece indiscutível em relação ao núcleo essencial de direitos sociais ligados à proteção da dignidade humana. O comércio jurídico privado está, portanto, vinculado pelos direitos fundamentais sociais, sobretudo no que respeita ao núcleo desses direitos intimamente ligados à dignidade da pessoa humana (ex: contratos lesivos à saúde da pessoa, contrato lesivo dos direitos dos consumidores)."

[784] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice. Editora Almedina, Coimbra, 2018, pp. 55-60.

[785] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 400, nota de rodapé 426; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). A Constituição concretizada. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pp. 107-163; SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. São Paulo: Renovar, 2006, pp.551-602.

autonomia privada, sendo que o mínimo existencial desempenharia um papel importante nessa ponderação, já que também vincularia a atividade privada.

Em sentido contrário, há doutrina contrária à aplicação dos direitos sociais nas relações privadas. Segundo ARANGO [786], com exceção dos casos expressamente previstos na Constituição, o dever de cumprir com os ônus dos direitos sociais seria da sociedade como um todo, por meio do Estado, assim sendo, não poderia esse dever recair especificamente sobre um indivíduo. STEINMETZ[787] acrescenta que os direitos sociais seriam uma pretensão de exigir algo do Estado, portanto, haveria uma violação aos princípios da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV e artigo 170), ao direito de liberdade (artigo 5º, *caput*), ao direito de propriedade (artigo 5º, XXII) e à autonomia privada.

SARMENTO [788] prefere diferenciar o direito social na sua dimensão defensiva e na sua dimensão prestacional. Segundo o autor, na dimensão defensiva não haveria dúvida quanto à aplicação das normas de direitos sociais nas relações privadas, uma vez que obrigaria o particular a não adotar condutas que pudessem lesionar ou ameaçar o bem garantido pela norma. Bastaria a ponderação entre a autonomia privada do particular e o direito fundamental social na sua dimensão defensiva.

No tocante ao direito social na sua dimensão prestacional, SARMENTO[789] admite sua vinculação direta nas relações privadas com base no princípio constitucional da solidariedade, entretanto, entende que deveriam ser obedecidas certas condições. Em primeiro lugar, deve haver uma relação jurídica entre os particulares que justifique a aplicação da norma de direito fundamental. Também deve ser observada a eficácia da norma de direito social prestacional, uma vez que os direitos sociais derivados somente criam obrigação para o particular caso já tenha sido concretizada a norma infraconstitucional pelo

[786] ARANGO, Rodolfo. El concepto de Derechos Sociales. Ed. Legis, Bogotá, 2005, pp. 102-107 apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 290-291.
[787] STEINMETZ, Wilson. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais. Ed. Malheiros, São Paulo, 2005, pp.264-283 apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 290-291.
[788] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 288-306.
[789] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 288-306.

legislador. Por fim, deve ser levada em conta a questão do ônus financeiro para o particular, para efeitos da realização da ponderação. Informa ainda o autor que, quando envolvido o mínimo existencial, mais forte seria o argumento em favor do direito social prestacional na ponderação.

Em que pesem os argumentos contrários, não se pode deixar de aplicar as normas de direitos sociais nas relações privadas. Essa vinculação decorre da aplicação da Constituição enquanto norma jurídica, que obrigaria não somente os órgãos estatais, mas também todos os componentes do grupo social. Não faria sentido, em uma Constituição que adota a socialidade como princípio estruturante, que somente o Estado estivesse vinculado às normas de direitos sociais. O projeto constitucional constitui uma série de valores e objetivos a serem perseguidos pelo Poder Público e por toda a comunidade, as próprias normas constitucionais de direitos sociais preveem esse dever de solidariedade quando dispõem 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*" (artigo 194); *"a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade"* (artigo 205); "*é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária"* (artigo 277); *"a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas"* (artigo 230); dentre outras.

Primeiramente, cabe ao legislador decidir sobre a vinculação do particular às normas de direitos sociais, através de uma ponderação entre o direito social e a autonomia privada. No entanto, em caso de omissão legislativa, pode o Judiciário realizar a ponderação no caso em concreto para determinar a aplicação direta da norma de direito social na relação privada, principalmente quando estiver envolvida alguma violação ao núcleo essencial do direito social, ligado à dignidade da pessoa humana.

Por sua vez, as normas de direitos fundamentais políticos também devem ser aplicadas na esfera privada. Os principais óbices deduzidos pela doutrina

contrária[790] seriam de que o espaço privado seria regido pela liberdade, enquanto ao espaço público pela democracia, bem como de que deve prevalecer a propriedade e a liberdade de iniciativa no desenvolvimento da atividade empresarial.

Os direitos políticos têm como objetivo legitimar os atos do governo em um regime democrático, já que é através do exercício desses direitos que se pode aferir a vontade da maioria. Ressalte-se, entretanto, que a democracia não se atém somente às eleições periódicas, em respeito ao princípio majoritário. A democracia também pressupõe o respeito aos direitos fundamentais, inclusive das minorias, e a deliberação pública entre pessoas livres e iguais sobre temas polêmicos na sociedade.[791] Embora, em princípio, a democracia seja dirigida às relações entre cidadãos e Estado, não se pode descartar sua implementação em outros espaços da vida social. Isto porque se deve conferir a prerrogativa do indivíduo de participar no procedimento de formação de vontade das instituições que adere, mesmo que se trate de instituição privada, uma vez que essas decisões influenciam definitivamente na sua forma de vida.[792]

A falta de democracia resultou na opressão das mulheres e dos filhos no espaço doméstico, na exclusão do trabalhador nas relações laborais e na mitigação dos poderes dos sócios minoritários nas relações societárias, agravando a desigualdade social como consequência da concentração do poder. Deve-se aprofundar o projeto democrático, para a ampliação de espaços em que seja possível a participação no processo de tomada de decisões, já que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I da Constituição) e que tenha fundamento na cidadania e na dignidade da pessoa

[790] SALVADOR CODERCH, Pablo. Introduccion. Asociaciones, Derechos Fundamentales y Autonomia Privada, p. 15 apud SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, p. 312.

[791] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 306-317.

[792] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 306-317; BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 49-50; CONOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 77-78.

humana (artigo 1º, incisos II e III da Constituição) implica na democratização das instâncias privadas.[793]

Embora deva ser assegurada a propriedade e liberdade de iniciativa no plano privado, essas garantias não podem ser interpretadas isoladamente, de acordo com uma lógica meritocrática egoísta. É a dignidade da pessoa humana que deve guiar a interpretação das normas constitucionais, em que a liberdade e a propriedade somente adquirem sentido, enquanto direitos fundamentais, quando voltadas à concretização da dignidade da pessoa humana, a partir de uma concepção de uma harmônica convivência social em solidariedade. Isso não quer dizer que os direitos políticos previstos na Constituição possam ser invocados diretamente como direitos subjetivos nas relações privadas. Mas devem ser levados em conta pelo legislador na formulação de normas infraconstitucionais e pelo Juiz ao interpretar cláusulas contratuais e estatutárias no julgamento do caso em concreto.[794]

Algumas normas constitucionais já impõem a participação dos indivíduos envolvidos na formação de vontade de instituições privadas, como pode ser observado no artigo 226, §5º ("*os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher*") e artigo 8º, inciso VII ("*o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais*"). Essa previsão expressa não impede que o legislador consagre outros aspectos do princípio democrático nas relações privadas, ponderando esse princípio com os princípios da propriedade, da liberdade de iniciativa, pluralismo e autonomia privada.[795]

---

[793] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 306-317.

[794] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 306-317. No mesmo sentido e revendo posição anterior: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 400, nota de rodapé 424.

[795] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 306-317. SARMENTO (SARMENTO, op. cit., 2006, pp. 317-322) também defende a aplicação das normas constitucionais de direitos transindividuais nas relações privadas. Essa espécie de direito está relacionada ao princípio da solidariedade, impondo concomitantemente o dever de proteção e o gozo desses direitos por todos os membros da sociedade, inclusive pelas futuras gerações. Nesse sentido, as normas constitucionais que preveem o direito ao meio ambiente ecologicamente preservado (artigo 225) e o direito à promoção e proteção do patrimônio cultural (artigo 215) têm eficácia direta e imediata sobre as relações privadas. Esses dispositivos preveem uma obrigação negativa, de abster-se de afetar o bem

4- O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E A REINTERPRETAÇÃO DOS TRADICIONAIS DIREITOS DE LIBERDADE

Durante o século XIX, o direito privado estruturou-se em um sistema fechado e autônomo, sem qualquer influência da ordem constitucional, enquanto o direito público estava restrito ao Estado e à sua função administrativa. A doutrina Liberal impunha uma separação rígida entre o Estado e a sociedade, na qual o direito privado deveria garantir a liberdade do indivíduo, assegurada através da liberdade de contratar e do direito de propriedade.[796]

A teoria liberal confere maior importância à autonomia privada e, em oposição às teorias democráticas e republicanas, repreende severamente a maioria de interferir na liberdade individual. Os espaços de opção dos sujeitos de direito não devem sofrer restrições por mandamentos ou proibições, caracterizando a perspectiva de Kant de um projeto de vida escolhido racionalmente, com independência, responsabilidade e livre desenvolvimento da personalidade. Por ser ética, essa liberdade não necessitaria de regulação jurídica pelo Estado, ao contrário, as normas deveriam assegurar a mínima intervenção estatal para que a autonomia individual pudesse ser exercida.[797] Essas normas legais estatais deveriam assegurar uma liberdade contratual que consistia em submeter as pessoas privadas a um procedimento que garantisse uma justiça procedimental pura, no qual, desde que obedecidas as prescrições formais, o resultado seria justo independente do conteúdo do contrato. Devido à

jusfundamental, como uma obrigação positiva, de impor um dever prestacional. Esses deveres são dirigidos tanto ao Estado como aos particulares. Embora seja o Estado o responsável primário, os particulares também possuem deveres de proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural.

[796] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 132-138.

[797] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 132-147.

desigualdade do poder econômico, a livre declaração de vontade não passava de uma ficção.[798]

Com a superação do Estado de Direito Liberal formal pelo Estado Social, os valores consubstanciados nos princípios constitucionais passaram a exercer influência sobre o direito privado, dando não só ensejo ao surgimento de novos ramos do direito (direito do trabalho, direito econômico, direito previdenciário, etc.), mas também impondo valores ao direito de propriedade, ao direito de família, ao direito sucessório, ao direito do contrato e aos institutos de direito privado em geral.[799] Esses novos valores advindos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais representam os principais valores de uma determinada sociedade, por isso, vinculam não só o Poder Público, mas também toda a comunidade. A infiltração do valor da ética social exigiu uma nova interpretação dos antigos institutos de direito privado, que regiam relações jurídicas formalmente iguais, mas materialmente desiguais. Não se trata de uma revisão dos princípios e conceitos fundamentais, na medida em que há necessidade de que somente sejam interpretados de uma forma distinta quando os paradigmas são alterados.[800]

Mesmo em Estados comprometidos com a ideologia liberal houve uma mudança de paradigma fundada na justiça social. Analisando a jurisprudência americana a respeito da responsabilidade por danos, STEINER[801] demonstra

---

[798] HABERMAS, Jürgen. Réplica às contribuições no Simpósio da Cardozo Law School. In: A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 545-546.

[799] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 132-138; HESSE, Konrad. Verfassungsrecht und Privatrecht. Müller, Jur. Verl., Heidelberg, 1988, p. 34 apud HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 134. Como menciona HESSE (HESSE, op. cit., 1988, p. 34), no âmbito do direito privado, a proteção das pessoas vulneráveis é colocada no mesmo nível que a defesa de interesses particulares.

[800] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 1, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 120. Como leciona HABERMAS (HABERMAS, op. cit., 1997, pp. 120), "(...) o direito privado passa por uma reinterpretação, quando da mudança de paradigma do direito formal burguês para o do direito materializado do Estado Social."

[801] STEINER, Henry J. Moral argument and Social Vision in the Courts: A Study of Tort Accident Law. Madison, Wisc, 1987, pp. 92 apud HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 142-143.

que a alteração da interpretação dos institutos do direito civil decorre da superação de uma concepção individualista de sociedade para uma ideologia baseada no Estado do bem-estar-social, através de um Estado dirigista e redistribuidor.

A relação intrínseca do princípio da socialidade com a democracia também importou em conferir relevância à autonomia pública. O ideal liberal baseado na filosofia idealista de Savigny importava em direitos subjetivos de cunho individualista, com fundamento exclusivamente moral, no qual a concepção da liberdade conferia uma autoridade moral aos direitos subjetivos que faziam com que estes não dependessem da legitimidade democrática. Nesse aspecto, as teorias democráticas e republicanas da liberdade conferem ênfase à autonomia pública, notadamente ao direito de o cidadão participar em igualdade de condições com os demais membros da sociedade das decisões da coletividade. Rousseau já defendia que a liberdade estaria garantida quando fosse obedecida a lei produzida pelo seu destinatário. Como a lei produzida pela maioria seria a garantia da liberdade, a autonomia individual não poderia se sobrepor à vontade popular. Em um Estado de Direito Social e Democrático, os direitos individuais e a soberania popular são igualmente importantes para a sua legitimação.[802]

Assim como a autonomia pública, a autonomia privada está umbilicalmente ligada à dignidade da pessoa humana. Comparado com o Estado Liberal, a autonomia privada adquire novo conteúdo com a adoção do Estado Social, constata-se uma diferente concepção acerca do núcleo inviolável de natureza absoluta. Enquanto esse núcleo inviolável no Estado Liberal estava centrado na defesa de direitos patrimoniais e da pessoa humana em abstrato, no Estado Social há uma preocupação com a garantia da pessoa em concreto e de suas necessidades existenciais. Para além desse núcleo duro, essa liberdade individual não é absoluta, deve ser limitada pelos direitos de outrem ou valores importantes para a comunidade. Esses limites conferidos à autonomia privada devem ser impostos através de lei, promulgada pelos representantes populares

[802] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 1, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 116-122; HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 123-190.

escolhidos, como resultado da autonomia pública. Nesse sentido, a atuação do legislador democrático de limitação da autonomia privada compõe a liberdade em um sentido mais amplo, na medida em que a restrição advém do próprio destinatário da norma, por meio do exercício de sua autonomia pública.[803] Ao passo que no Estado Liberal a liberdade exercida pelos sujeitos de direito privado somente encontrava seus limites na regulação natural do próprio mercado, no Estado Social esses limites são impostos por projetos políticos democráticos de regulação e de organização social, que resultam do exercício da autonomia pública e têm como objetivo corrigir a desigualdade decorrente do exercício do poder econômico.[804]

A materialização das normas de direito privado, por influência dos valores advindos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, consiste na intervenção estatal para garantia de uma igualdade material nas relações privadas, uma vez que a liberdade jurídica não tem nenhum valor se não for também conferida a liberdade de fato, ou seja, a possibilidade efetiva de fazer escolhas.[805] Como consequência, o direito de propriedade burguês, de cunho absoluto, diante do Estado Social e da influência dos princípios constitucionais, deve atender à função social. A função social da propriedade foi incorporada nas Constituições a partir da segunda metade do século XX, se estabelecendo como

---

[803] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 123-190.

[804] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 127-132; HESSE, Konrad. Verfassungsrecht und Privatrecht. Müller, Jur. Verl., Heidelberg, 1988, p. 27 apud HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 133. Como defende HABERMAS (HABERMAS, op. cit., 1997, pp. 131), "(...) a disputa pela compreensão paradigmática correta de um sistema jurídico que se reflete como parte na totalidade de uma sociedade é, no fundo, uma disputa política. No Estado Democrático de direito, esta disputa atinge todos os envolvidos, não podendo realizar-se apenas nas formas esotéricas de um discurso de especialistas, isolado da arena política."
Como ensina HESSE (HESSE, op. cit., 1988, p. 27), "O direito constitucional confere ao legislador do direito privado a tarefa de converter o conteúdo dos direitos fundamentais num direito imediatamente obrigatório para os envolvidos numa relação jurídica privada."

[805] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 123-138.

um dos pilares do Estado de Direito Social, com reflexo em todos os ramos do direito e nas relações jurídicas.[806]

Existem três concepções para justificar a função social. Uma primeira associa a função social às ideologias autoritárias e comunitaristas, tais como o fascismo e o comunismo, em que a iniciativa privada estaria vinculada ao atendimento de interesses estatais. Essa vertente não poderia prosperar diante da consagração na Constituição Brasileira da plena promoção da dignidade da pessoa humana e do princípio democrático.

Em outro sentido, há doutrina que entende que a função social seria um elemento interno e, por isso, seria uma justificativa da autonomia privada. Com isso, os institutos e as relações jurídicas do direito privado devem ser instrumentalizados em favor dos valores constitucionais, de forma a permitir o controle dinâmico e concreto da iniciativa privada. Uma das consequências da adoção dessa perspectiva seria a superação da técnica da subsunção, devendo, ao revés, confrontar o fato jurídico com todo o ordenamento jurídico para se determinar a disciplina jurídica aplicável. Com isso, os princípios seriam dotados de um conteúdo axiológico superior às regras, resultando em um controle da autonomia privada pelos valores ditados pela Constituição. Não existiriam espaços livres para a atuação da autonomia privada, sem qualquer controle axiológico constitucional. A autonomia privada somente seria merecedora da tutela estatal quando, além de realizar a vontade dos contratantes, também promovesse interesses sociais relevantes concretizadores dos demais princípios e valores constitucionais. Haveria, assim, uma obrigação do particular de perseguir os interesses extracontratuais socialmente relevantes, consistentes nos valores constitucionais, sob pena de não ser merecedor da tutela estatal.[807]

---

[806] BENJAMIN, Antonio Herman. *Laudato si'*, ecologização da justiça social e o juiz planetário. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021, pp. 560-570. Segundo afirma HERMAN BENJAMIN, diante desse processo evolutivo, não seria exagero considerar a função social da propriedade como um dos pilares do Estado de Direito Social.

[807] TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no Direito Civil Contemporâneo. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ nº 54, out./dez. 2014, Rio de Janeiro, pp. 141-154. Assim se manifesta TEPEDINO (TEPEDINO, op. cit., 2014, pp. 147) "(...) o princípio da autonomia privada deve ser revisitado e lido à luz dos valores constitucionais, não sendo possível admitir espécies de zonas francas de atuação da autonomia privada, imunes ao controle axiológico ditado pela Constituição da República."

Entretanto, não se pode concordar com essa eficácia diretiva dos valores constitucionais sobre a autonomia privada. Em primeiro lugar, essa concepção acarretaria uma total regulação da vida em sociedade através de princípios de conteúdo aberto e indeterminado, com severa limitação sobre a liberdade do indivíduo. Além dessa indevida intervenção sobre a liberdade individual, a submissão da vontade individual a princípios de cunho aberto e indeterminado ensejaria insegurança jurídica, na medida em que o particular não teria a certeza necessária se sua relação jurídica mereceria a tutela estatal. Por fim, haveria margem para um subjetivismo na interpretação e aplicação dos valores, conferindo uma preponderância às decisões judiciais em detrimento de escolhas que deveriam ser realizadas na arena política pela maioria. Em um Estado de Direito Social e Democrático, não se pode desprezar a importância da autonomia pública, especialmente quando se tratar da imposição de limitações à liberdade individual.

Uma terceira concepção considera a autonomia privada uma garantia reconhecida pelo Poder Constituinte no momento de elaboração da Constituição, os limites à liberdade de contratar seriam sempre externos, contrapondo a liberdade individual ao bem-estar da sociedade. Dessa forma, os condicionamentos ao exercício da autonomia privada devem ser fixados pelo legislador, tendo como fundamento algum valor constitucional. Esse entendimento melhor se adequa ao Estado de Direito Democrático e Social, uma vez que confere importância ao princípio democrático para o desenvolvimento do Estado Social.[808]

O artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal estabelece, como fundamento da República Federativa Brasileira, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, ou seja, tanto o trabalho como a livre iniciativa estão submetidos aos valores sociais. Nesse mesmo sentido, o artigo 170 da Constituição estabelece que a ordem econômica, baseada na valorização do

[808] NIPPERDEY, Hans Carl. Direitos fundamentais e direito privado. *In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Waldir Alves. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012, pp. 54. Especificamente quanto ao direito de propriedade, NIPPERDEY (NIPPERDEY, op. cit., 2012, pp. 54) leciona que a propriedade deve ser concebida sob a ótica de uma ordem fundamental social, em que o conteúdo e os limites da propriedade devem ser determinados por lei e devem servir ao bem-estar da comunidade.

trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma vida digna, conforme os ditames da justiça social. A dignidade da pessoa humana e a justiça social, portanto, são os valores que devem guiar o trabalho humano e a livre iniciativa.

Fica evidente que a consagração do Estado Social na Constituição Federal não importou em um aniquilamento da autonomia privada, uma vez que é garantida a liberdade como princípio orientador da atividade econômica, do desenvolvimento da personalidade, do exercício da propriedade, do planejamento familiar e sucessório. No entanto, a mesma Constituição consagrou valores que importam em uma releitura dos tradicionais direitos de liberdade, em favor da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais (artigo 3º).

A Constituição não teve como inspiração primordial a doutrina liberal individualista, mas sim um forte caráter social e solidário. Dessa forma, não se pode conferir aos tradicionais direitos de liberdade uma interpretação e aplicação que não estejam comprometidas com a justiça social ou que propiciem uma violação reiterada da dignidade da pessoa humana nas relações privadas (artigo 170). Ao contrário do Estado Liberal, em que havia uma nítida preocupação com o patrimônio, o Estado Social consagrado na Constituição Brasileira tem o compromisso com a pessoa humana concretamente considerada, enquanto fundamento da ordem constitucional (artigo 1º, inciso III). Cabe ao legislador democrático regulamentar os institutos de direito privado em consonância com os valores constitucionais e densificar as restrições previstas na Constituição, principalmente quando a possibilidade de limitação do direito de liberdade está consagrada na Constituição como garantia de outro valor.

O artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição garante o direito de propriedade[809], entretanto, com base em uma perspectiva solidarista, prevê expressamente que deve estar submetido à função social (artigo 5º, inciso XXXIII). Idêntico preceito consta do capítulo da Ordem Econômica e Financeira, ao prever como princípio da ordem econômica a função social da propriedade

[809] Diferentemente da Constituição Brasileira, a Constituição Portuguesa previu o direito de propriedade como direito social (artigo 62).

(artigo 170, inciso III), cujo valor orientador é a promoção da existência digna de todos e a justiça social.

Embora as Constituições de 1946 e de 1967 já demonstrassem a preocupação com a função social da propriedade, ao prevê-la como alicerce da ordem econômica (artigo 147 e artigo 160, inciso IIII, respectivamente), somente com a Constituição de 1988 foram previstas normas que efetivamente conferem conteúdo ao princípio. Ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (artigo 1º, inciso IIII), ao impor como objetivos fundamentais do Estado Brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e a redução das desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, incisos I e III) e ao prever a existência digna e a justiça social como fins da ordem econômica (artigo 170), o Constituinte subordinou a utilização de bens patrimoniais ao atendimento do justo social e da existência humana condigna.

Como consequência, o direito de propriedade, antes tido como absoluto e individualista, somente pode ser legitimamente exercido quando respeitada a sua função social. A Constituição prevê que a propriedade urbana atende à sua função social quando respeita as exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas na lei do plano diretor (artigo 182, § 2º) e a propriedade rural quando tenha aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores (artigo 186).

Em face do exercício abusivo do direito de propriedade, o artigo 184, § 4º prevê a possibilidade de o Poder Público Municipal impor penalidades ao proprietário cuja propriedade urbana não atenda à sua função social. Já os artigos 183 (imóvel urbano) e 191 (imóvel rural) garantem o direito dos indivíduos que detenham a posse do imóvel a adquirir a sua propriedade. Por outro lado, os artigos188 e 189 preveem uma política de reforma agrária pela redistribuição de títulos de domínio e de concessão de terras rurais.

Em uma sociedade historicamente caracterizada pela desigualdade de distribuição de bens, tanto a má utilização como a não utilização da propriedade atentam contra os valores constitucionais. Cabe ao legislador democrático densificar essas hipóteses restritivas constitucionalmente previstas, como pode-se citar o artigo 10 da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), que consagra a

usucapião coletiva urbana; o artigo 16 da Lei 4.504/64 (Estatuto da Terra), que reconhece a política de reforma agrária como forma de promoção da justiça social, do progresso e do bem-estar do trabalhar rural e do desenvolvimento econômico do país; e os artigos 1.238, 1.239 e 1.240 do Código Civil, que preveem a aquisição originária do direito de propriedade pela usucapião.

Quanto à liberdade para contratar, o direito contratual materializado ganha normas de observância obrigatória (proteção da confiança, controles de conteúdo e de execução do contrato, dever de informação e de cuidado) para a proteção social da parte mais fraca no mercado. A liberdade de contratar não pode mais ser fundada em uma ficção da livre manifestação de vontade e da igualdade formal dos sujeitos contratantes.[810] Na ordem jurídico-constitucional brasileira, embora seja garantida a autonomia privada, essa é mitigada por normas de ordem pública que têm a finalidade de promover a igualdade material entre as partes contratantes, combater o lucro desproporcional, censurar a má-fé e resguardar a dignidade da pessoa humana. Por conta disso, o legislador democrático expressamente previu no artigo 421 do Código Civil que a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social. A função social do contrato importa em considerar a existência de deveres extracontratuais socialmente relevantes, superando a concepção liberal de que o contrato somente produz efeitos entre as partes.[811]

Por outro lado, foram introduzidas normas de ordem pública com conceitos jurídicos abertos que permitem ao intérprete valer- se dos valores constitucionais para a aplicação do direito ao caso concreto. Os contratos não podem ser mais meros instrumentos de manifestação de vontade para circulação de riquezas, devem ter como preocupação central a dignidade do ser humano enquanto valor fim da ordem constitucional (artigos 1º, III, e 170). Não há mais espaço para o individualismo e a mera finalidade lucrativa, como decorrência do

[810] HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 123-147.

[811] TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no Direito Civil Contemporâneo. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ nº 54, out./dez. 2014, Rio de Janeiro, 141-154. Ao definir os efeitos do princípio da função social nos contratos, TEPEDINO (TEPEDINO, op. cit., pp.144) informa que “O princípio em tela traduz, portanto, a determinação, aos contratantes, de deveres extracontratuais socialmente relevantes, como forma de superar a já arcaica noção de que o contrato só gera deveres entre as partes.”

princípio da solidariedade, cada indivíduo possui responsabilidade pelo bem-estar do outro.[812]

Da mesma forma que a propriedade e o contrato, a empresa deve atender à sua função social. Entendida como atividade econômica organizada para produção e circulação de bens e serviços, o exercício da empresa é assegurado constitucionalmente como corolário do princípio da livre iniciativa. No entanto, a atividade econômica não pode ser desenvolvida de forma egoísta, com mero intuito lucrativo e sem se importar para as questões ambientais, econômicas e sociais. Nos termos do artigo 170 da Constituição, devem ser resguardados os interesses dos concorrentes, os interesses dos consumidores, os interesses dos trabalhadores e a preservação ambiental no local onde a empresa exerce sua atividade. O solidarismo (artigo 3º, inciso I) impõe que a empresa tenha responsabilidades perante consumidores, trabalhadores, concorrentes e comunidade em geral.

Os institutos do Direito de Família também sofreram uma releitura a partir dos valores advindos do Estado Social. O poder patriarcal deve ser substituído pelo princípio da afetividade, em que na relação familiar deve ser considerado cada membro da família como pessoa humana merecedora de igual consideração. Por consequência, a Constituição prevê que os direitos e deveres advindos da sociedade conjugal devem ser exercidos de forma igual pelo homem e pela mulher (artigo 226, § 5º), que não deve haver diferença de tratamento jurídico entre filhos havidos ou não da relação do casamento, inclusive por adoção (artigo 227, § 6º), e que também deve ser entendida como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (artigo 226, § 4º).

Por outro lado, como decorrência do princípio da solidariedade, a Constituição impõe que é dever da família amparar as pessoas idosas (artigo 230) e assegurar o direito das crianças e adolescentes a uma proteção integral, consubstanciada no direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à

[812] TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no Direito Civil Contemporâneo. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ nº 54, out./dez. 2014, Rio de Janeiro, pp. 141-154; SARMENTO, Daniel. A Ponderação de interesses na Constituição. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, pp. 59.

convivência familiar e comunitária (artigo 227). O artigo 229 prevê ainda que os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Por sua vez, o Estado e a sociedade têm o dever de promover a assistência à família na pessoa de cada membro que a integra (artigo 226, § 8º), a proteção e a assistência integral à criança e ao adolescente (artigo 227) e a assistência ao idoso (artigo 230).

No tocante à responsabilidade civil, se enaltece o princípio da solidariedade, por meio da ampliação das hipóteses legais de responsabilidade objetiva e da respectiva adoção da teoria do risco. O artigo 21, XXIII, 'd' (dano nuclear) e o artigo 37, § 6º preveem a responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público e de direito privado prestadoras de serviço público. Por sua vez, o artigo 225, § 3º adotou a responsabilidade objetiva por danos ambientais praticados por pessoas físicas ou jurídicas. O legislador democrático previu ainda hipóteses em que nas relações privadas se aplica a responsabilidade objetiva, tendo como fundamento o risco da atividade desenvolvida pelo particular e o solidarismo (artigo 927, parágrafo único, do Código Civil).

Verifica-se que o principal Diploma Legislativo que regia a relação entre particulares sofreu evolução levada a cabo pelo surgimento do princípio da socialidade. O Código Civil Brasileiro de 1916, baseado no Código Civil francês de 1804, ainda era inspirado no liberalismo clássico. Nas suas normas verificava-se uma maior preocupação com o patrimônio do que com o indivíduo, principalmente com a liberdade para contratar, para adquirir e para exercer a propriedade.[813] Dentre os princípios adotados pelo novo Código Civil de 2002, está o princípio da socialidade, como resultado da necessária intervenção do Estado na sociedade em prol da promoção da justiça social e de uma vida digna. A dignidade da pessoa humana passou a ser o princípio fundamental norteador do Novo Código, em virtude disso, há uma nítida intenção do legislador em conferir maior proteção ao ser humano que ao patrimônio, o que fica bem nítido

[813] TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no Direito Civil Contemporâneo. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ nº 54, out./dez. 2014, Rio de Janeiro, pp. 141-154; LISBOA, Roberto Senise. Dignidade e solidariedade civil-constitucional. Revista de Direito Privado, São Paulo, Ano 11, N. 42, abr./jun., pp. 30-70.

com a importância conferida aos direitos da personalidade no novo Código Civil de 2002 (artigos 11 a 22).[814]

[814] TEPEDINO, Gustavo. O princípio da função social no Direito Civil Contemporâneo. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ nº 54, out./dez. 2014, Rio de Janeiro, pp. 141-154; SARMENTO, Daniel. A Ponderação de interesses na Constituição. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, pp. 59. Como leciona SARMENTO, "(...) o princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado."

CAPÍTULO VII - O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E O SURGIMENTO DE NOVOS DIREITOS LIGADOS À SOLIDARIEDADE

1- PERSPECTIVA HISTÓRICA E CARACTERÍSTICA

O estudo sobre o surgimento de novos direitos fundamentais remete ao conceito de gerações de direitos fundamentais e ao desenvolvimento do próprio Estado de Direito. Desde logo, deve ser rechaçado o entendimento de uma sucessão linear de direitos no tempo ou de que haveria uma oposição entre os direitos fundamentais, com a superação de uma geração pela outra. Para que não resulte esse tipo de entendimento, a doutrina mais atual prefere utilizar o termo dimensão dos direitos fundamentais.[815]

A teoria geracional ou dimensional tem uma importante finalidade de compreensão do desenvolvimento dos direitos fundamentais ao longo da evolução do Estado de Direito, em que os direitos de liberdade estariam conectados ao Estado Liberal e os direitos sociais ao Estado Social. Entretanto, essa correspondência não é absoluta, uma vez que os direitos fundamentais, ao longo do processo histórico, passaram por avanços e retrocessos, não havendo um marco definitivo de surgimento de cada uma das dimensões. Inobstante se relacionem os direitos de liberdade ao Estado Liberal, alguns desses direitos seriam anteriores ao seu surgimento, bem como alguns direitos de liberdade somente foram reconhecidos com o Estado Social. A mesma imprecisão revela-se em relação aos direitos de segunda dimensão, que também tiveram no Estado Liberal o reconhecimento de alguns direitos sociais, como são os direitos à assistência.[816]

---

[815] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 54-68; SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 64-68.

[816] HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, p. 8; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 20; SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 54-68; SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ,

Feita essa observação, os direitos de primeira geração correspondem ao Estado Liberal, em que a sua principal finalidade era a garantida da liberdade em face do poder público. Não por outro motivo, os direitos de primeira dimensão são caracterizados como direitos de defesa. Os direitos de segunda dimensão surgiram com o Estado Social, como reação ao liberalismo econômico. São direitos que exigem uma prestação estatal como forma de promover a igualdade material, consistem em direitos sociais, econômicos e culturais. Por sua vez, os direitos de terceira dimensão são aqueles cuja titularidade é exercida de forma coletiva ou difusa, tendo surgido após o processo de descolonização e o pós-guerras. Esses direitos também são denominados de direitos de solidariedade, uma vez que se desprendem da figura do homem- indivíduo e se destinam à proteção do gênero humano.[817]

Os direitos de solidariedade decorrem de novas reivindicações do ser humano, decorrentes principalmente do impacto tecnológico, da autodeterminação dos povos, do anseio pela paz e fim das guerras e do desejo de um meio ambiente equilibrado. Enquanto indivíduo pertencente ao grupo social, a qualidade de vida almejada somente pode ser alcançada por meio do exercício de direitos de titularidade coletiva ou difusa, conjugando esforços para a construção de um mundo melhor, mais justo e menos desigual. Todos têm como fundamento a solidariedade (ou como preferem alguns a fraternidade),

Marilena. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 64-68; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 28-32. Informa JORGE MIRANDA (MIRANDA, Jorge, op. cit., Coimbra, 2014, pp. 30) que o termo geração de direitos pode ocasionar enganos por sugerir uma sucessão de categorias de direitos, quando se trata de respostas do Estado Social às novas exigências das pessoas e da sociedade.

[817] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007, pp. 54-68; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 288-306; FILHO, Ives Gandra Martins. Direitos Fundamentais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 286-349; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167; pp. 353-366.

acrescentando-se à liberdade e à igualdade como garantias jurídicas historicamente conquistadas em favor da dignidade humana. [818]

A solidariedade é um valor moral ínsito à natureza humana, entretanto a sua concepção sofreu a influência do contexto histórico e social. Desde o surgimento da humanidade, o homem percebeu que a vida em grupo seria muito mais fácil em um ambiente de cooperação, em que cada um também seria responsável pela sobrevivência do outro. Na cultura grega, embora houvesse uma defesa do ideal coletivo na cidade grega de Esparta, com base principalmente nos ensinamentos de Platão, não se pode dizer que se tratava de solidariedade, mas sim da defesa do coletivo. Tanto a solidariedade como o ideal coletivo são concepções contrárias ao individualismo e ao egocentrismo, no entanto não se confundem. A solidariedade tem como objetivo o respeito e a cooperação com o outro, enquanto o ideal coletivo justifica qualquer medida para se atingir o interesse do todo, mesmo que seja desrespeitosa aos direitos individuais, como são exemplos os Estados Totalitários.[819]

Com a Idade Média e a hegemonia dos valores morais da Igreja Católica, a solidariedade passou a constituir um ato de caridade para com o próximo. Essa obrigação de ajudar os desfavorecidos era ainda permeada por questões éticas ligadas à religião, como todos seriam considerados imagem e semelhança de Deus, a solidariedade decorria de um dever moral de amar ao próximo como a si mesmo.

No individualismo pregado no Estado Liberal, o homem deveria ser regido por leis naturais e, em âmbito econômico, a economia deveria ser guiada pelas leis do mercado. Ao analisar a sociedade industrial do Século XIX, DURKHEIM[820]

---

[818] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp. 143-167; pp. 353-366.

[819] AVELINO, Pedro Buck. Princípio da Solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 13, n. 53, out./dez. 2005, pp. 227-269.

[820] DURKHEIM, Émile. Da Divisão do Trabalho Social. Tradução Eduardo Brandão. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2008. No decorrer do Século XIX, DURKHEIM defendeu a solidariedade como elo entre os homens na vida em sociedade. O convívio do ser social em comunidade seria determinado por uma consciência coletiva e uma consciência individual. Enquanto a consciência individual estaria relacionada a escolhas particulares quotidianas, a consciência coletiva diria respeito aos valores do grupo em que está inserido o indivíduo. A concepção de consciência individual de Durkheim é

já defendia a solidariedade como elo entre os homens para o convívio em sociedade, na qual o processo de divisão do trabalho nas sociedades evoluídas torna os indivíduos capazes de compreender o quanto dependem um do outro.

Após a Revolução Industrial, surgiram novas doutrinas ligadas à solidariedade social, como forma de superação da exploração de um homem pelo outro. Enquanto a doutrina socialista pregava a união entre os membros da classe trabalhadora para tomada do poder por meio de uma revolução do proletariado, a doutrina social da Igreja[821] defendia a solidariedade entre seres humanos por serem a imagem e semelhança de Deus, em que cada um seria responsável pelo bem do seu próximo.[822] Por sua vez, o Estado Social resultou na desejada pacificação social entre o capital e o trabalho, com sobreposição da solidariedade como valor fundamental. O valor da solidariedade é ínsito ao Estado Social, impondo que todos tenham direito à justa participação no resultado das riquezas produzidas na sociedade.

Após as grandes guerras, a solidariedade adquiriu um caráter difuso, não mais restrita à determinada classe social. Não há somente a preocupação com o proletariado explorado ou o desfavorecido socialmente, agora há um dever de cooperação para a resolução de questões gerais de grande relevância para o gênero humano, que afetam toda a sociedade.[823] Neste ponto, há diferença significativa entre direitos da solidariedade e direitos de solidariedade, sendo

---

contrária ao individualismo e ao egoísmo do liberalismo econômico, já que seria um processo de autoconsciência formado a partir da vida em sociedade, através da influência da consciência coletiva. Na solidariedade mecânica (sociedades primitivas), o comportamento individual é fortemente determinado pela consciência coletiva, ao passo que na solidariedade orgânica (sociedade evoluída), a divisão de trabalho na organização social ensejaria um processo de individualização dos membros da sociedade e a percepção da dependência do outro.

[821] Encíclica Rerum Novarum, Papa Leão XXI, de maio de 1891.

[822] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 55-58. Segundo JORGE MIRANDA, a doutrina social da Igreja entendia haver uma relação entre o princípio da solidariedade (de todas as pessoas) e da subsidiariedade (do Estado), assim como uma relação entre o desenvolvimento integral de cada homem e o desenvolvimento solidário de toda a humanidade.

[823] VILLAS BÔAS, Regina Vera. Um Olhar Transverso e Difuso aos Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A Solidariedade concretizando o dever de respeito à ecologia e efetivando o postulado da dignidade da condição humana. Revista de Direito Privado, São Paulo, ano 13, n. 51, jul./set. 2012, pp. 11- 34; FILHO, Ives Gandra Martins. Direitos Fundamentais. Tratado de Direito Constitucional. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012, pp. 286-349.

certo que o primeiro corresponderia aos direitos sociais, econômicos e culturais e teria como objetivo a promoção da igualdade material. Por sua vez, os direitos de solidariedade seriam os pertencentes a toda humanidade, como os direitos à paz, ao meio ambiente sadio e à livre determinação dos povos.[824]

Neste aspecto, a Constituição Brasileira estabelece como objetivo da República Brasileira a construção de uma sociedade solidária (artigo 3º, inciso I), bem como impõe como princípios que regem as suas relações internacionais a autodeterminação dos povos, a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, dentre outros (artigo 4º). Por sua vez, consagra o meio ambiente como direito de todos, incumbindo ao Estado e à coletividade o dever de preservá-lo para a presente e futuras gerações (artigo 225).

Esses direitos de solidariedade são "direitos circulares", uma vez que marcados por uma horizontalidade e por uma marcante dimensão objetiva, com a finalidade de proteger bens essenciais para a comunidade. Ao mesmo tempo que podem ser atribuídos e gozados individualmente, são bens comunitários pertencentes a todos, inclusive às próximas gerações.[825] De outro ponto, importa em responsabilidade uma vez que, como o comportamento individual repercute no meio social, o valor da solidariedade impõe que cada indivíduo leve em consideração o impacto dos seus atos sobre os demais componentes da sociedade, inclusive as futuras gerações, de forma que todos são responsáveis pelas questões que afetam a comunidade.

A solidariedade funciona como um elemento de coesão nas atuais sociedades plurais e fragmentadas,[826] propiciando a formação de grupos

---

[824] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 61-67; SILVA, Frederico Silveira e. A definição dos direitos da solidariedade. Revista de Direito Social, out./dez. 2007, pp. 69-82; TAKOI, Sérgio Massuru. Breves Comentários ao princípio constitucional da solidariedade. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 17, n. 66, jan./mar., 2009, pp. 293-310.

[825] ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012, pp. 64.

[826] HABERMAS, Jürgen. Remarks on Erhard Denninger´s Triad. Trad. Christopher Long e Willam Scheurman. In Constellations nº 4, volume 7, dezembro de 2000, pp. 522- 528. Como menciona HABERMAS, notadamente na Europa, a defesa de uma homogeneidade e de uma política de assimilação cultural acarretou a exclusão e a discriminação das minorias. A intensificação de conflitos étnicos, religiosos e culturais entre diferentes grupos importa na adoção de medidas de reconhecimento e de

organizados para intermediação da relação entre indivíduo e Estado. Percebe-se que o indivíduo isolado pode muito pouco, mas quando diversos sujeitos com a mesma pretensão estão unidos em grupos são capazes de influenciar o processo de tomada de decisões. Esses grupos, além de reivindicar direitos de índole coletiva, exercem um papel primordial na ordem democrática, uma vez que seus anseios devem constituir diretrizes para as políticas públicas. Dessa forma, o próprio conceito de cidadania ganha novo significado com a incorporação do valor da solidariedade. No Estado Liberal, em resposta ao absolutismo, teve amparo a cidadania civil; com o Estado Social, a cidadania social; por fim, a cidadania solidária seria o momento em que o cidadão é munido de direitos e responsabilidades de cunho coletivo.[827]

2 - DIREITO AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO

No decorrer do século XX, havia uma nítida separação entre os estudos dos fenômenos naturais e os estudos das questões sociais, uma vez que os fenômenos naturais eram estudados pelos cientistas e as questões sociais recebiam atenção dos sociólogos. Nas décadas de 80 e 90, com os graves

distribuição, uma vez que nessa espécie de conflito coletivo há uma luta pelo reconhecimento das diferenças e por uma identidade do grupo.

[827] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 165-216; NABAIS, José Casalta. Solidariedade social, cidadania e direito fiscal. Greco, Marco Aurélio e outro (coord.). Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p.124; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constitucionalismo e Geologia da Good Governance. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 325-334. Segundo CANOTILHO (CANOTILHO, op. cit., 2017, pp. 325-334), ao mencionar que o conceito da *good governance* compreende a condução responsável dos assuntos do Estado, entende que esta aponta para novos aspectos da cidadania. Em primeiro lugar, uma cidadania centrada na pessoa humana. Em segundo lugar, uma cidadania ativa e participativa, que pressupõe a *accountability* (dever de cuidado estatal e de prestar contas) e a *responsiveness* (sintonia entre a atuação estatal e a aspiração dos cidadãos). Em terceiro lugar, para além da cidadania estatal, uma cidadania cosmopolita para lidar com questões políticas que ultrapassem o Estado Nacional e tenham como objetivo a gestão responsável e sustentável de recursos. Em quarto lugar, a cidadania grupal, que contempla os múltiplos individuais da cidadania.

problemas ambientais que afetaram a vida das pessoas, verificou-se que as questões ambientais e sociais estavam entrelaçadas.[828]

Essa aproximação entre as questões ambientais e as sociais tornou-se ainda mais nítida quando foi constatado que os fenômenos naturais afetavam pessoas de diferentes formas, tendo em consideração a posição social e econômica que ocupavam.[829] A lógica do capitalismo é impor que o homem transforme os bens ambientais em bens patrimoniais, através de um processo duplamente predatório. Primeiro pela dilapidação ou destruição do bem comum, com a sua transformação de bem geral de disponibilidade comum em um bem tipicamente escasso. Em um segundo momento, devido à escassez destes bens, a sua apropriação privada e comercialização no mercado, alijando indivíduos menos favorecidos ao seu acesso.[830] Embora os ricos sejam os principais consumidores, os efeitos negativos da destruição dos bens ambientais, como o aquecimento global, a poluição atmosférica e falta de alimentos, são sentidos em maior intensidade pelos mais pobres. Há estudos que informam que a poluição do ar, causada pela emissão de substâncias tóxicas na atmosfera, é responsável pela morte de 2,7 milhões de pessoas por ano. Dessas mortes, mais de 90% acontecem em países em desenvolvimento. No tocante ao aquecimento global, este é responsável pela morte de 160.000 pessoas todos os anos, as maiores vítimas são as crianças dos países em desenvolvimento, em virtude principalmente dos efeitos colaterais da alteração climática. Suas consequências são o aumento do nível dos oceanos, a desertificação, a propagação de doenças e a falta de alimentos.[831]

---

[828] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 165-216; HÄBERLE, Peter. Siete tesis para una teoría constitucional del mercado. Revista de derecho constitucional europeo nº. 5, 2006, pp. 11-30.

[829] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 165-216; SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 85-95.

[830] FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 25-46

[831] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 165-216; GUERRA, Sidney. As mudanças climáticas como catástrofe global e o refugiado ambiental. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021, pp. 537-559. Segundo GUERRA (GUERRA, op. cit., pp. 537-559), em razão das catástrofes ambientais, causadas em grande parte pela interferência humana no meio

Constata-se, assim, que a relação do ser humano com o meio ambiente decorre diretamente de questões econômicas e sociais, não se pode combater a degradação do meio ambiente caso não sejam enfrentados os graves problemas econômicos e sociais. Devido à conexão entre a proteção dos bens ambientais e o acesso aos bens sociais e culturais, um Estado Social não pode deixar de ser também um Estado Ambiental.[832]

De certo, o Estado de Direito Social não implica somente em um vasto elenco de direitos sociais, mas também em deveres individuais e coletivos. A função social que restringe o exercício do direito propriedade privada, agora também deve incluir uma função ecológica da propriedade.[833] As liberdades econômicas devem ser submetidas ao cumprimento de obrigações sociais, inclusive a preservação do meio ambiente para a presente e futura gerações. A própria Constituição Brasileira, em seu artigo 170, impõe que a ordem econômica

---

ambiente, e os respectivos fluxos migratórios, surgiriam os denominados refugiados ambientais.

[832] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais. 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 45-49.
Alguns autores chegam a afirmar a superação do Estado de Direito Social pelo chamado Estado Ecossocial ou Estado de Direito Ambiental, sob o fundamento de que não se pode separar justiça social de justiça ecológica, uma vez que, em um mundo de empresas supranacionais, as ofensas à vida são globais. Conforme HERMAN BENJAMIN (BENJAMIN, Antonio Herman. *Laudato si'*, ecologização da justiça social e o juiz planetário. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021, pp. 568): "(...) compete ao Poder Judiciário dar sentido final e efetivar uma nova ordem pública jurídico-ecológica organizada em torno de objetivos, princípios, instrumentos e instituições capazes de substituir a exclusão pela inclusão, o individualismo pela solidariedade, a dominação pela cooperação, a independência pela dependência, a predação pela conservação, a ignorância pelo conhecimento, o desdém pelo zelo e, principalmente, a arrogância pela humildade no (re)encontro entre ser humano e Natureza.(...) O Juiz é porta-voz final do Estado de Direito Ecossocial, concepção assentada em dois pilares ético-jurídicos: o da comunidade humana (= função social da propriedade) e o da comunidade biológica (= função ecológica da propriedade)."

[833] BENJAMIN, Antonio Herman. *Laudato si'*, ecologização da justiça social e o juiz planetário. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021, pp. 560-570. Segundo HERMAN BENJAMIN (BENJAMIN, op. cit., mai./ago. 2021, pp. 566): "Ninguém duvida da relação geminada entre Direito Ambiental e direito de propriedade. De início, "vale recordar que os problemas ambientais de hoje são consequência, em grande medida, da utilização (ou má-utilização), no passado, do direito de propriedade", o que levou as Constituições mais recentes da América Latina a afirmarem a proteção do meio ambiente por meio "de regras constitucionais de sobrepropriedade, oponíveis contra os particulares, mas também contra o próprio Estado, em favor de todos, proprietários individuais, cidadão comum e futuras gerações, ou seja, no interesse do corpus incertum". A função ecológica da propriedade surge em resposta à demanda de compatibilização entre direito de propriedade e a necessidade de preservar, no presente e no futuro, a viabilidade ecológica da biodiversidade planetária nos planos da diversidade de ecossistemas, de espécies e de genes."

observe a defesa do meio ambiente e o cumprimento de deveres sociais, bem como que a propriedade atende à sua função social quando preserva o meio ambiente (artigo 186).

Embora tenha havido a consagração nas atuais Constituições de deveres ambientais como condição para o exercício de liberdades econômicas, se diverge sobre a maneira de compatibilizar o progresso econômico e a preservação ambiental. Em fins da década de 80, construiu-se o conceito de desenvolvimento sustentável, elaborado a partir do relatório das Nações Unidas, denominado de *"Our Common Future"*, no qual se defendeu que o desenvolvimento econômico deve atender às necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de prover suas próprias necessidades. No entanto, o conceito de desenvolvimento sustentável é uma noção vaga e não leva em conta a necessidade dos mais pobres, já que tende a colocar a atenção nos mais ricos, ignorando que o consumismo é satisfeito às custas de pessoas mais pobres. Por isso, o próprio conceito de sustentabilidade é contraditório com os interesses sociais e econômicos. Como resultado, têm surgido conceitos como justiça ambiental e cidadania ecológica, que têm em comum o objetivo de promover o envolvimento de toda a sociedade no projeto de preservação do meio ambiente.[834]

A justiça ambiental relaciona a qualidade ambiental com a desigualdade de classes, na qual se entende que os problemas ambientais somente podem ser solucionados caso haja um enfrentamento das questões sociais. Através de movimentos sociais, reivindica que as políticas governamentais incluam a desigualdade social na agenda ambiental.[835] A doutrina social da igreja sustenta um entrelaçamento entre justiça ambiental e justiça social, como menciona o

[834] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 165-216.

[835] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 165-216; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constitucionalismo e Geologia da Good Governance. In: “Brancosos” e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 325-334.

Papa Francisco[836], em sua Carta Encíclica *Laudato si'*, "o ambiente humano e o ambiente natural degradam-se em conjunto; e não podemos enfrentar adequadamente a degradação ambiental, se não prestarmos atenção às causas que têm a ver com a degradação humana e social."

Por sua vez, o conceito de cidadania ambiental seria um dos aspectos da cidadania solidária, em que o cidadão é munido de direitos e responsabilidades de cunho ambiental. A cidadania ambiental envolve a solidariedade entre os indivíduos, de forma a garantir o respeito pelos animais, o direito das futuras gerações e a manutenção da integridade do meio ambiente. A atuação de grupos organizados tem o objetivo de interferir no processo democrático, para que haja um planejamento político e econômico, que garanta a satisfação das necessidades da atual e das futuras gerações.[837]

Assim, ao conceito de desenvolvimento sustentável deve-se aderir as concepções de justiça e cidadania ambientais, em que se leve a questão social como condição necessária à preservação ecológica, em nome de uma sustentabilidade justa.[838] A sustentabilidade justa deve estar comprometida com as gerações futuras e englobar a sustentabilidade ambiental; a sustentabilidade cultural (em face do processo de globalização que ameaça identidades nacionais e promove a degradação do patrimônio cultural); a sustentabilidade financeira de prestações sociais (para que sejam garantidas as prestações socias mínimas); e a sustentabilidade laboral (diante de inovações tecnológicas que ameaçam empregos).[839]

---

[836] Papa Francisco. Carta Encíclica *Laudato si'.* Roma, maio, 2015 apud BENJAMIN, Antonio Herman. *Laudato si'*, ecologização da justiça social e o juiz planetário. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021, pp. 560-570.

[837] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 165-216; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constitucionalismo e Geologia da Good Governance. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 325-334.

[838] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 165-216.

[839] MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 49-51. Ao fundamentar seu posicionamento, Jorge Miranda cita a encíclica *Laudato si* nº 159, na qual o Papa Francisco apela para uma ecologia integral, que seja ambiental, econômica e social, cultural e de vida quotidiana (n. 101 e segs. e 137 e segs.). Por outro lado, JORGE MIRANDA (MIRANDA, op. cit., 2018, pp. 199) entende que seria mais adequado caracterizar a garantia do meio ambiente para as gerações

Ao contrário da Constituição Portuguesa, que prevê o direito ao meio ambiente como espécie de direito social (artigo 66), a Constituição Brasileira previu o direito ao meio ambiente como direito coletivo (artigo 225).[840] Ao mencionar que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de que seria bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, entende-se que a titularidade do direito seria coletiva e, por isso, trata-se de direito de terceira dimensão.

O enfrentamento das questões ambientais em consonância com os problemas sociais tem previsão no compromisso do Estado Democrático de Direito Social com os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (artigo 1º, inciso IV) e no objetivo fundamental da República Brasileira de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I). Isto porque a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, observado, dentre outros princípios, a defesa do meio ambiente (artigo 170, inciso VI). Com base no princípio da solidariedade (artigo 3º, inciso I) e da cidadania (artigo 1º, inciso II), a Constituição impõe que o dever de preservar o meio ambiente é de toda a coletividade (artigo 225).

3- DIREITOS COLETIVOS

Na segunda metade do século XX, surgiram movimentos de grupos sociais reivindicando do Estado o reconhecimento de direitos. O feminismo, o multiculturalismo, o nacionalismo e a luta contra a herança eurocêntrica do colonialismo, apesar de não se confundirem, possuem um ponto em comum, uma vez que as mulheres, as minorias étnicas e culturais e as nações e culturas se protegem da opressão, da marginalização e do desrespeito. Todos esses

futuras como um dever das gerações presentes, baseado na solidariedade. Seria inadequado a caracterização como direito das gerações futuras, pela falta de determinação do titular.

[840] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Editoria Atlas, 19ª Edição, São Paulo, 2006, pp. 761-762.

movimentos de emancipação têm como objetivo suprimir as desigualdades sociais e econômicas e reivindicar o reconhecimento de identidades coletivas.[841]

A liberdade na doutrina liberal pressupõe, por um lado, um universalismo igualitário que exige do Estado o mesmo respeito e a mesma consideração por cada cidadão e, por outro lado, um individualismo que possibilita que cada pessoa tenha o direito de organizar sua vida de acordo com suas próprias preferências e convicções. A partir de uma separação entre Estado e sociedade e da convicção de que se deve tratar todos os indivíduos como iguais, não caberia ao Poder Público intervir em questões econômicas, sociais e culturais de uma determinada comunidade. Os grupos sociais minoritários estariam livres para manter sua identidade cultural, no entanto, esses esforços deveriam ser exclusivamente privados.

O entendimento liberal, além de obstar o reconhecimento governamental e legal da diferença dos grupos minoritários, impede que essa diferença seja adotada para a divisão de recursos e atribuição de direitos específicos. Ao fim, o destino das minorias seria decidido pela maioria, sem levar em consideração as diferenças econômicas, sociais e culturais, exacerbando os conflitos étnico-culturais e socioeconômicos.[842] Por isso, em um Estado de Direito Social e Democrático, com base no valor da solidariedade, o Poder Público deve ter em conta o aspecto multicultural da sociedade para, além de consagrar direitos universais a todos os cidadãos, atribuir direitos específicos a determinados grupos.[843]

Ao contrário do conceito de liberdade da doutrina liberal, essa não se esgota na permissão de persecução privada de interesses em bens terrenos ou celestes. Esse défice da doutrina liberal deveria ser compensado por sua articulação com o papel do cidadão no Estado democrático, em que os direitos iguais de comunicação e de participação não se destinam somente a configurar os direitos privados, mas, antes, à atuação solidária, em que cada cidadão

---

[841] HABERMAS, Jürgen. Luta por reconhecimento no Estado de direito democrático. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 341- 393.
[842] RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. Direitos Coletivos e liberdade individual. Editora Juruá, Curitiba, 2010, pp. 115-146.
[843] HABERMAS, Jürgen. Luta por reconhecimento no Estado de direito democrático. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 341- 393.

responda pelo outro. A solidariedade, que se aprofunda por meio do processo democrático, possibilita que as reivindicações dos grupos sociais minoritários sejam ouvidas e, assim, seja alargado o teor universalista do princípio da igualdade entre cidadãos do Estado sob a forma de liberdades iguais. As liberdades iguais devem incluir o poder de fato de o cidadão fazer uso dos direitos distribuídos por igual, portanto, os cidadãos desfavorecidos têm o direito a prestações compensatórias para que lhes sejam propiciados as oportunidades e os recursos para usufruírem os seus direitos de acordo com suas próprias preferências e orientações valorativas.[844]

A doutrina liberal critica a atribuição de direitos coletivos sob o fundamento de que colocaria em risco a autonomia individual, já que o atendimento do interesse do grupo poderia ocasionar perda da capacidade do indivíduo de autodeterminação. Entretanto, a dualidade entre indivíduo e comunidade não existe efetivamente, já que os direitos individuais não conflitam com os direitos de grupos. Inclusive os aspectos culturais do grupo influenciam na formação do caráter individual e na capacidade de autodeterminação, sem, entretanto, retirar a liberdade individual de escolher quais aspectos da sua cultura deseja adotar.[845]

A tolerância seria um dos pilares da solidariedade, qualquer concepção que acarrete a intolerância em relação à liberdade individual não é compatível com o Estado de Direito, como doutrinas fundamentalistas que não permitem a

---

[844] HABERMAS, Jürgen. A igualdade de tratamento das culturas – e os limites do liberalismo pós-moderno. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 185- 226; HABERMAS, Jürgen. Inclusão: integrar ou incorporar? Sobre a relação entre nação, Estado de direito e democracia. *In*: A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 250-255.

[845] HABERMAS, Jürgen. Luta por reconhecimento no Estado de direito democrático. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 341- 393; HABERMAS, Jürgen. *Réplica às contribuições no Simpósio da Cardozo Law School*. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 449-474; SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 60-64. Sustenta HABERMAS (HABERMAS, Jürgen. Réplica às contribuições no Simpósio da Cardozo Law School. In: A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 452) que "(...) A pessoa de direito abstrata da dogmática clássica do direito precisa ser hoje substituída por uma concepção intersubjetiva; a identidade do indivíduo está entretecida com as identidades coletivas. Uma vez que também as pessoas de direito só se individualizam pela via da socialização, sua integridade não pode ser garantida sem proteger os contextos de vida e de experiência compartilhados de modo intersubjetivo, nos quais formaram sua identidade pessoal e só nos quais podem estabilizá-las, se for o caso."

autocrítica e o desacordo razoável. A solidariedade e a tolerância impõem que, em sociedades multiculturais, deve-se levar em conta os aspectos que diferenciam os seres humanos, sob pena de se perpetuar a exclusão e a negativa de direitos aos grupos minoritários.[846]

Ao contrário da desigualdade social combatida pela justiça redistributiva, a intolerância e a respectiva inclusão imperfeita e desigual do cidadão resulta da negação do seu reconhecimento como membro de uma comunidade política. Embora a falta de reconhecimento e a desigualdade social andem de mãos dadas, merecem tratamento distintos. Por isso, políticas de reconhecimento não têm o objetivo de igualizar socialmente os membros da sociedade, mas de incluir o indivíduo na comunidade política através da proteção de formas de vida e de tradição cultural que o membro do grupo se identifica.[847] Dentre os direitos que podem ser atribuídos aos grupos estão os direitos de autogoverno, direitos poliétnicos e direitos especiais de representação.[848]

Os direitos de autogoverno podem ser atribuídos a grupos nacionais, decorrentes principalmente do processo de independência das antigas colônias europeias e de conflitos nacionalistas no continente europeu. O reconhecimento do referido direito decorre da necessidade de promover a igualdade através da acomodação das diferenças, do cumprimento de um acordo histórico (principalmente quando a incorporação foi involuntária) e para a valorização da diversidade cultural.[849]

---

[846] HABERMAS, Jürgen. Luta por reconhecimento no Estado de direito democrático. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 341- 393.

[847] HABERMAS, Jürgen. Luta por reconhecimento no Estado de direito democrático. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 341- 393; HABERMAS, Jürgen. Remarks on Erhard Denninger´s Triad. Trad. Christopher Long e Willam Scheurman. In Constellations nº 4, volume 7, dezembro de 2000, pp. 522- 528; HABERMAS, Jürgen. A igualdade de tratamento das culturas – e os limites do liberalismo pós- moderno. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 185- 226.

[848] RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. Direitos Coletivos e liberdade individual. Editora Juruá, Curitiba, 2010, pp. 115-146.

[849] RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. Direitos Coletivos e liberdade individual. Editora Juruá, Curitiba, 2010, pp. 115-146; SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 113-122. Não há uma ameaça para a unidade nacional, uma vez que o Estado multicultural sobreviverá se os vários grupos nacionais forem leais à comunidade política maior, já que não se exige uma identidade nacional comum, mas

Através de direitos poliétnicos permite-se que os grupos adiram às práticas sociais da maioria, sem perder suas origens culturais. Por conta disso, tem como objetivo a promoção da inclusão, admitidas as diferenças individuais e culturais específicas, em que as minorias étnicas possam livremente expressar sua forma de viver e de pensar em uma sociedade maior, livre de preconceitos e discriminações.[850]

Por fim, direitos especiais de representação consistem na atribuição de direitos de representação a grupos historicamente em desvantagem, por meio de adoção de partidos políticos inclusivos, de representação proporcional em parlamentos e de reserva de assentos no legislativo para pessoas advindas de grupos marginalizados. Essas medidas políticas teriam o condão de romper uma barreira sistêmica no processo político, que impede que as minorias sejam efetivamente representadas e seus interesses sejam levados em conta.[851]

Critica-se a atribuição de direitos especiais de representação sob o argumento de que feriria a regra básica democrática, de que os representantes do povo devem ser os detentores do maior número de votos em uma eleição, já que somente assim teriam legitimidade para a manifestação da vontade da maioria. No entanto, a falta de representação da minoria no processo político retira a legitimidade do processo democrático já que impede a participação livre e igual em um debate no espaço público, em que devem ser considerados os diversos argumentos advindos de uma sociedade pluralista.

As reivindicações dos grupos sociais organizados têm a importante consequência de ampliação da política para além do marco liberal da diferenciação entre Estado e sociedade civil. A ideia de uma relação política horizontal, firmada entre os cidadãos por meio da prática solidária e com base

---

um patriotismo compartilhado. Esse patriotismo seria construído por meio da união baseada no orgulho comum das conquistas históricas.

[850] RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. Direitos Coletivos e liberdade individual. Editora Juruá, Curitiba, 2010, pp. 115-146; SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 113-122. Como bem adverte SANTOS (SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003, pp. 56), “Temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza.”

[851] RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. Direitos Coletivos e liberdade individual. Editora Juruá, Curitiba, 2010, pp. 115-146.

no princípio da comunidade de Rousseau, teria consequências no desenvolvimento de uma democracia participativa e na promoção de uma sociedade inclusiva. Somente através do reconhecimento das diferenças e da atribuição de direitos específicos para grupos minoritários estar-se-á concretizando um Estado de Direito que seja social, pluralista e democrático, no qual as liberdades iguais incluam o poder de fato do cidadão fazer uso dos direitos distribuídos por igual.[852]

A Constituição Federal, em seu artigo 231, adotando o princípio solidário, garante direitos específicos aos índios. Segundo o dispositivo, são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Por sua vez, o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, garante a propriedade definitiva de terras remanescentes das comunidades dos quilombos, onde os negros resistiram econômica e culturalmente ao regime da escravidão.

Em âmbito jurisprudencial, a Corte Constitucional Brasileira já analisou a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa baseadas em critérios étnico-racial e econômico-social. No julgamento da ADPF nº 186 e do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 597285, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela constitucionalidade do sistema de cotas adotado por universidades públicas para ingresso de negros e alunos advindos de escolas públicas. Segundo a decisão proferida na ADPF nº 186[853], relatada pelo Ministro Gilmar Mendes, em um Estado democrático e pluralista, a liberdade e a

[852] SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 260.

[853] Nos termos da decisão: "(...) liberdade e igualdade devem ser (re) pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. (...) Nesse contexto, a tolerância nas sociedades multiculturais é o cerne das questões a que este século nos convidou a enfrentar em tema de liberdade e igualdade. Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias."

igualdade devem ser reinterpretadas à luz do valor fundamental da fraternidade, para que sejam reconhecidos as diferenças e os respectivos direitos às minorias.

CAPÍTULO VIII - O PRINCÍPIO DA SOCIALIDADE E A CONSOLIDAÇÃO DA DEMOCRACIA

1- TEORIAS DA DEMOCRACIA: A AUTONOMIA PRIVADA E A AUTONOMIA PÚBLICA

A teorias sobre a democracia podem ter base empírica ou normativa.[854] As teorias normativas são assim denominadas por estarem associadas às questões conectadas ao Estado de Direito, à Constituição ou ao constitucionalismo. No centro dessa discussão há o debate entre liberais e republicanos sobre a prevalência da liberdade dos modernos, representada pela autonomia privada, ou da liberdade dos antigos, consubstanciada pela autonomia pública.[855]

As duas concepções entendem que os homens são livres e iguais, o que deve ser assegurado por uma sociedade pluralista. Por outro lado, como forma de alcançar uma sociedade justa, consentem que se deva predefinir o papel dos direitos fundamentais na Constituição e na ordem social. No entanto, os republicanos e os liberais divergem ao justificar a prevalência da autonomia pública ou da autonomia privada, os primeiros foram diretamente influenciados por Rousseau e os segundos remontam à concepção contratualista de John Locke.[856]

---

[854] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1409- 1419. Utilizando-se da classificação adotada por Canotilho, as principais teorias da democracia seriam a teoria democrático-pluralista; a teoria elitista da democracia; a teoria do ordo- liberalismo; a teoria normativa da democracia liberal; a teoria normativa da democracia republicana; a teoria normativa da democracia deliberativa; a teoria normativa da democracia discursiva; e a teoria normativa da democracia corporativista.

[855] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 330-354; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 18-25; pp. 258-260.

[856] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 330-354; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 18-25; pp. 258-260.

Para a doutrina liberal, o processo de formação democrática da vontade estatal tem como finalidade a legitimação do exercício do poder político, situação na qual o resultado das eleições autoriza a assunção do poder pelo governo e o seu uso de forma justificada. Com isso, pretende que, por meio do processo democrático, o Estado seja colocado a serviço dos interesses privados e do mercado, já que haveria uma esfera de liberdade preexistente à própria política e imune à intervenção estatal.[857]

A finalidade da Constituição seria garantir os direitos fundamentais, inclusive em face da soberania popular, uma vez que há um núcleo de direitos inalienáveis que seriam anteriores à Constituição e deveriam ser reconhecidos pelo Poder Constituinte, sob pena de a sociedade não ser caracterizada como justa e democrática. Como consequência, os objetivos políticos de índole coletiva jamais poderiam se sobrepor aos direitos individuais. Esses direitos fundamentais também serviriam de guia para a interpretação Constitucional, já que expressam os principais valores que o povo pretende preservar ao elaborar a Constituição, como reflexo do ideal do justo. Com isso, o processo democrático resta elaborado com base em compromissos de interesses, em que as regras de formação do compromisso são fundadas nos direitos fundamentais liberais. [858]

Em sentido diverso, na concepção republicana a formação democrática da vontade tem uma função mais relevante que a mera legitimação do poder político, uma vez que tem a finalidade de criar uma comunidade política a partir da sociedade, na qual o governo é parte dessa comunidade que administra a si mesma e está vinculado programaticamente a realização de determinadas políticas. A política é uma dimensão formadora da vontade democrática e, assim, a democracia é a auto-organização política da comunidade. A política seria o meio em que os indivíduos percebem sua dependência mútua e, como cidadãos,

---

[857] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 330-354; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 18-25.

[858] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 330-354; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 18-25.

desenvolvem relações de reconhecimento recíproco e consciência de uma solidariedade entre indivíduos livres e iguais. Assim sendo, a democracia tem um compromisso ético- político com o bem comum, através de um processo de formação da vontade democrática baseada no auto- entendimento ético- político, no qual o conteúdo da deliberação deve contar com um consenso entre os sujeitos privados e ser exercido pelas vias culturalmente estabelecidas.[859]

Por isso, ao contrário da teoria liberal, o estatuto do cidadão não é definido como um sistema de liberdades negativas, mas sim de liberdades positivas (direitos de participação e de comunicação política).[860] Os direitos fundamentais não seriam pré-políticos, mas seriam resultado da decisão imposta pela soberania popular, por isso, a Constituição deve assegurar primeiramente a soberania popular e os direitos fundamentais devem ser estabelecidos em função do desenvolvimento da comunidade. O modelo republicano teria a vantagem de se manter fiel ao sentido de democracia radical, através da garantia de uma auto-organização da sociedade pelos cidadãos comunicativamente reunidos, rechaçando a concepção de um acordo de interesses privados fundado no mercado. Para tanto, a compreensão republicana da política impõe condições processuais como forma de se conferir força legitimadora para a formação institucionalizada da opinião e da vontade.[861]

---

[859] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 18-25; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 330-354.

[860] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 18-25; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 330-354. HABERMAS (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 20) menciona que “Podemos observar a linha dessa argumentação republicana em Hannah Arendt: a esfera pública política deve ser revitalizada contra o privatismo de uma população despolitizada e contra a legitimação através de partidos estatizados, para que uma cidadania regenerada possa (re)apropriar-se do poder burocratizado do Estado, imprimindo-lhe formas de uma auto-administração descentralizada.”

[861] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 61-76; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 330-354.

Ao passo que para a concepção liberal os direitos fundamentais têm conteúdo substancial, para os republicanos o direito fundamental teria nítido cunho procedimental, consistente no direito de participar do procedimento político deliberativo, onde os demais direitos serão definidos. Como os direitos são definidos por meio do diálogo social, não existiriam direitos pré-constitucionais, por isso, a justificativa da existência do Estado não seria prioritariamente assegurar direitos subjetivos iguais, mas de garantir um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, no qual os indivíduos livres e iguais podem estabelecer normas e fins do interesse comum.[862]

A crítica ao modelo republicano é de que seria idealista já que a democracia dependeria das virtudes dos cidadãos para a prática do bem comum, bem como transformaria a sociedade em uma totalidade política.[863] Decisões impostas pela soberania popular, por isso, poderiam ser arbitrárias e violar direitos fundamentais previstos na Constituição.[864] Com isso, a crítica liberal sustenta que deveriam ser traçados limites à democracia em favor de liberdades pré-políticas, sob pena de uma pretensa *'tirania da maioria'*.

Por outro lado, na concepção liberal, em virtude da separação entre Estado e sociedade, a formação de vontade dos cidadãos direciona-se a disciplinar o poder do Estado através de normas jurídicas, com a finalidade de se garantir um interesse privado próprio. Dessa forma, enquanto a atuação do cidadão republicano tem como norte o bem comum, a do cidadão liberal se orienta pelo atendimento do próprio interesse. Como consequência, a existência

---

[862] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 61-76; RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. Direitos Coletivos e Liberdade Individual. Editora Juruá, Curitiba, 2010, pp. 57-93; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 330-354.

[863] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 20-21; HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 61-76; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1409- 1419.

[864] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 61-76; RIBEIRO, Samantha Souza de Moura. Direitos Coletivos e Liberdade Individual. Editora Juruá, Curitiba, 2010, pp. 57-93.

de direitos preconcebidos e imunes à soberania popular resultaria na manutenção de injustiças sociais.[865]

HABERMAS[866] propõe um terceiro modelo de democracia apoiado nas condições comunicativas, em que a teoria do discurso seria integrada por um procedimento ideal de deliberação e tomada de decisões. O modelo do contrato social é substituído pelo modelo do discurso ou da deliberação, no qual se entende que a sociedade não é constituída por meio de um contrato social, mas criada com base em um entendimento obtido através do discurso. Por sua vez, o direito retira sua legitimidade do processo democrático, não de um direito natural, fundado na religião ou na metafísica. Isto não significa que o direito não conte com razões morais, uma vez que os argumentos morais fluem para o direito através do processo legislativo.

Em seu livro *"Direito e democracia: entre facticidade e validade"*, HABERMAS [867] busca conciliar as concepções liberal e republicana, para garantia dos direitos fundamentais e da soberania popular. A teoria do discurso parte de um estado original, no qual a liberdade do indivíduo seria um pressuposto para a participação no discurso racional. A interação entre os participantes do discurso supõe uma comunicação livre, com atuação de forma consciente, intencional e justificada, por isso, também necessária uma igualdade originária entre os participantes. Com isso, os participantes devem decidir por

[865] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 20-21. Segundo HABERMAS (HABERMAS, op. cit., pp. 20-21): "O nervo do modelo liberal não consiste na autodeterminação democrática das pessoas que deliberam, e sim, na normatização constitucional e democrática de uma sociedade econômica, a qual deve garantir um bem comum apolítico, através da satisfação das expectativas de felicidade de pessoas privadas em condições de produzir."

[866] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 61-76; HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume I, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 330-354; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 307-310.

[867] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 154-168; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 330-354.

uma ordem jurídica que garanta direitos fundamentais consistentes em liberdades subjetivas de ação para cada um, de igual direito de proteção individual e de membro de uma associação livre. Como autores e destinatários das leis produzidas, devem também assegurar o direito de participação, em igualdade de condições, no processo político.

A democracia deliberativa seria uma exigência da teoria do discurso, em que a racionalidade da argumentação jurídica é sempre determinada através de leis. A teoria do discurso decorre da tradição kantiana e seria ínsita ao Estado de Direito Democrático, pois coloca os direitos fundamentais e a democracia como exigências fundamentais ao conteúdo e à estrutura do sistema jurídico. No entanto, ao contrário da doutrina de Kant que se funda em razões morais, a legislação democrática não se baseia somente em argumentos morais, mas também em outras espécies de argumentos (pragmáticos e empíricos).[868]

A democracia deliberativa possui como pressuposto a ideia de que as pessoas governam a si mesmas, por meio de leis por elas próprias elaboradas. Para tanto, seriam necessários a igualdade dos participantes do processo político, a existência do direito de participação do cidadão no processo democrático, o consentimento por meio de uma razão prática e o controle dos representantes. A política tem a finalidade de deliberar sobre a ordem comunitária, sem a preocupação somente com o atendimento de interesses privados. Assim sendo, substituindo a concepção do modelo liberal de existência de um contrato entre participantes do mercado, a deliberação exige uma discussão política sobre problemas e alternativas, de forma a se encontrar soluções racionais para a vida em comunidade.[869]

---

[868] ALEXY, Robert. Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 19-40; ALEXY, Robert. Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 155-165; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 291. Como menciona HABERMAS (HABERMAS, op. cit., pp. 291), "(...) os discursos pressupostos pelo princípio do discurso ramificam-se, de um lado, em argumentações morais e, de outro lado, em discursos políticos e jurídicos, institucionalizados conforme o direito, incluindo questões morais relacionadas a normas jurídicas."

[869] HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 61-76; HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia – entre facticidade e validade.

Através da participação no processo político seria possível determinar os direitos fundamentais e os princípios do Estado de Direito. Como a definição dos direitos fundamentais e dos princípios do Estado de Direito exige um procedimento de autolegislação democrático, a discurso racional somente pode ser implementado em uma democracia quando assegurados, com igualdade, os direitos de liberdade e os direitos políticos. Somente são legítimas as normas aprovadas em um consenso racional em que todos sejam tratados com igual respeito e consideração.[870]

Nesse sentido, a autonomia privada e a autonomia pública seriam complementares. A autonomia pública por meio do procedimento democrático racional possibilitaria a realização plena da autonomia privada, possibilitando que todos tenham o igual direito ao gozo das liberdades subjetivas. Enquanto, por meio da autonomia privada, a autonomia pública é enriquecida e otimizada.[871] A inclusão de grupos marginalizados ou de subclasses enriquecem os pressupostos que conferem legitimidade ao processo democrático.[872]

Com seu caráter preponderantemente procedimental, a teoria da democracia discursiva pressupõe regras de discussão, formas de argumentação e institucionalização de processo, com o fim de propor uma solução universal e racional para questões pragmáticas, morais e éticas da sociedade. Para tanto, propõe formas deliberativas descentralizadas como meio de combater a despolitização do povo e a carência de legitimidade dos partidos políticos. A solidariedade seria a força social e integradora, que deve se desenvolver nas

---

Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume I, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 330-354.

[870] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 154-168; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 330-354.

[871] HABERMAS, Jürgen. Remarks on Erhard Denninger´s Triad. Trad. Christopher Long e Willam Scheurman. In Constellations nº 4, volume 7, dezembro de 2000, pp. 522- 528.

[872] HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In: Era das Transições. Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003, p. 166. HABERMAS (HABERMAS, op. cit., 2003, p. 166) defende que "a inclusão de grupos marginalizados e a elevação de classes sub- privilegiadas fazem com que melhorem os pressupostos para a legitimidade dos processos democráticos existentes."

esferas públicas autônomas e no processo de formação democrático de opinião e de vontade.[873] A sociedade civil adquire um papel relevante na ideia de esfera pública democrática, assegurando uma proximidade com os problemas do cidadão comum.[874] É na esfera pública onde ocorre o procedimento deliberativo político, conferindo-lhe legitimidade em razão de uma abertura pluralista de discussão às diversas influências existentes na sociedade.[875]

A teoria do discurso fundamenta a legitimidade do direito com base em processos e pressupostos de comunicação, institucionalizados juridicamente pelo Estado de Direito, que permitem pressupor que a criação e a aplicação do direito acarretam resultados racionais. Dessa forma, tanto as normas elaboradas pelo Legislador como as decisões do Judiciário são racionais pois os destinatários são tratados como membros livres e iguais de uma comunidade. Essa igualdade de tratamento impõe não uma igualdade meramente formal (perante a lei), mas também uma igualdade material, da mesma forma que não basta uma liberdade jurídica, há necessidade de uma liberdade de fato. A liberdade e a igualdade são garantidas por meio de uma política de compensações criada pelo Estado do bem-estar social.[876]

2- PRESSUPOSTOS DA DEMOCRACIA EM ESTADO DE DIREITO SOCIAL E DEMOCRÁTICO

[873] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 10-48; HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp. 330-354; HABERMAS, Jürgen. Sobre a relação entre a nação, o Estado de direito e a democracia. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 165.

[874] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 92. Segundo HABERMAS "(...) esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos."

[875] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 99; pp. 249-278.

[876] HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 99; pp. 153-158.

Como pressuposto de legitimidade do procedimento democrático, a liberdade importa em uma aptidão do indivíduo de dispor sobre a ordem política e jurídica. Em um primeiro momento, é formal e aberta, baseada na liberdade democrática de cooperação entre os cidadãos e tem como fundamento o exercício dos direitos políticos fundamentais. Dessa forma, a liberdade tem como finalidade garantir as condições procedimentais para formação da vontade política. Essa liberdade é assegurada por meio de garantias formais e procedimentais, em que são previstas a liberdade de participação de todos os cidadãos na formação da vontade política, a liberdade de opinião, a liberdade de imprensa, a liberdade de informação, a liberdade de reunião e a liberdade de associação.[877]

Enquanto a garantia de participação de todos os cidadãos seria primordial ao processo democrático, as demais espécies de garantias seriam complementares. Através dessas garantias procedimentais, assegura- se uma abertura do processo político, no sentido de permitir que a decisão seja tomada de acordo com uma concepção ideológica ou de outra, de que possa ser revisada, questionada, modificada ou confirmada. Por isso, deve ser protegida a livre formação da vontade política contra os excessos praticados pelo poder político, econômico e social. Embora, em nome da liberdade e da autodeterminação, não se possa suprimir a formação do poder já que este muitas vezes decorre do exercício da liberdade praticada em âmbito econômico, político ou social, deve-se impor limitações aos excessos para que seja possibilitado o acesso e a participação de todos os cidadãos no processo de formação da vontade estatal.[878]

Consequentemente, deve-se assegurar a igualdade dos direitos de participação política. Para além da liberdade e autodeterminação como pressupostos da legitimidade do procedimento democrático, com base no

[877] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 76-92; BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed., 11ª reimpressão, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2013, pp. 42-44; MIRANDA, Jorge. Sistema político e riscos de erosão do regime democrático. Jurismat, 2015. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 115-127.

[878] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 76-92.

princípio da igualdade, deve-se garantir uma liberdade igual e uma igual autodeterminação para todos os cidadãos. A finalidade essencial do princípio no contexto democrático é proporcionar igualdade no exercício dos direitos políticos de participação, inclusive igualdade de oportunidades para o exercício do poder político nos órgãos e cargos estatais.[879]

A igualdade democrática deve ser esquemática (estrita) e específica. A igualdade esquemática decorre da simples razão de o cidadão pertencer à comunidade política, sendo, por isso, inadmissível qualquer diferenciação por dignidade, mérito, experiência, formação ou rendimento. Possui uma característica formal e não pode ser ponderada, importa somente o igual valor de cada cidadão no processo democrático. Nesse caso, para o exercício do direito ao sufrágio basta que o indivíduo atenda às condições legais para ser cidadão, para que, assim, seu voto tenha o mesmo valor.[880]

Por sua vez, a igualdade específica teria uma conotação substancial. Para tanto, teria como pressuposto uma homogeneidade nacional para que os cidadãos reconheçam- se como iguais, estejam de acordo sobre questões de princípios da ordem política, considerem a experiência e a vivência dos seus concidadãos e, com esses fundamentos, assumam o compromisso de aceitar as decisões da maioria. A homogeneidade nacional estaria presente sempre que os cidadãos aceitassem viver sob determinada configuração de Estado (característica de países de origem anglo-saxônica) ou comungassem da

[879] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 76-92; HABERMAS, Jürgen. Remarks on Erhard Denninger´s Triad. Trad. Christopher Long e Willam Scheurman. In Constellations nº 4, volume 7, dezembro de 2000, pp. 522- 528; MIRANDA, Jorge. Sistema político e riscos de erosão do regime democrático. Jurismat, 2015. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 115-127; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 287-289.

[880] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 84-89. Segundo o autor, no tocante aos partidos políticos, a igualdade esquemática manifesta- se no igual direito de participar nas eleições e na vontade democrática, com igualdade de oportunidades. Como os partidos são os mediadores dos cidadãos na formação da vontade do Estado, o direito à igualdade esquemática dos partidos decorre diretamente do direito democrático dos cidadãos a uma igual participação na formação da vontade política.

mesma língua, história e cultura (adotado por países da Europa central e oriental).[881]

É necessária a existência de uma homogeneidade relativa dentro da sociedade, no sentido de que a legitimidade do procedimento democrático pressupõe que exista um certo consenso entre os cidadãos sobre as convicções fundamentais que darão base ao ordenamento jurídico e que não haja contradições sociais e econômicas extremas. Por isso, as desigualdades econômicas e sociais existentes em uma sociedade podem impedir o surgimento dessa homogeneidade, já que comprometem o sentimento de pertencimento e da própria solidariedade comunitária. A superação das desigualdades econômicas e sociais extremas seria pressuposto para a legitimidade do processo de formação da vontade política.[882]

A igualdade preconizada pela democracia não é a mera igualdade jurídica do Estado Liberal, embora esta também seja imprescindível, notadamente quando em causa a igualdade de participação na formação da vontade política. A igualdade democrática exige um conteúdo substancial que se lastreia para os demais âmbitos da vida em comunidade, como no âmbito da família, laboral, associativo, dentre outros. Nesse aspecto, a igualdade dos direitos políticos de participação restringe a ação de todos os obstáculos que se contrapõem à igualdade social. Isso não significa que a igualdade democrática confunda- se com a igualdade social, na medida em que é aceitável a existência de diversas classes sociais em uma mesma comunidade, no entanto, a igualdade

[881] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 84-89.
No mesmo sentido, como adverte MENDES (MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio constitucional de anterioridade eleitoral. In: Constitucionalismo e Democracia. Editora Juspodivm, Salvador, 2013, pp. 551): "(...) como ninguém é dado recusar a integração a uma determinada ordem estatal, faz-se mister reconhecer o direito de participação igualitária como correlato necessário da inevitável submissão a esse poder de império."
[882] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 76-92; pp. 105-106. Intimamente ligado a essa questão BÖCKENFÖRDE defende um sistema educacional público desenvolvido como pressuposto para a democracia. Segundo o autor, como os cidadãos devem decidir sobre determinada linha de direção da decisão política, devem ser dotados de uma capacidade desenvolvida para julgamento dessas opções, sob pena da política ser exercida somente por pessoas dotadas de patrimônio e de formação.

democrática impõe que sejam eliminadas as barreiras que impedem que a igualdade seja promovida no processo de decisão política.[883]

Dessa forma, é incompatível com a igualdade democrática a organização da sociedade em uma estrutura patriarcal, por castas ou religiosa, em que a vontade individual deve retratar a opinião do pai, da casta dominante ou a convicção de determinada religião. O indivíduo subordinado a alguém ou à alguma convicção não pode se posicionar em um debate político de forma contrária ao seu senhor ou à religião que segue, o que o impede de participar do processo político de forma efetiva e de, inclusive, competir com seu senhor ou mentor por cargos políticos.[884]

Como resultado da igualdade democrática, não pode haver qualquer diferença qualitativa entre governantes e governados. Quem está governando hoje pode ser governado amanhã e, em qualquer dessas posições, deve estar submetido ao marco da igualdade política democrática. Isso importa que a representação popular deve ser limitada no tempo e deve ser provida mediante eleição popular, de forma a impedir a consolidação institucional de posições de domínio alcançadas. Os governantes somente devem manter o poder enquanto contarem com o apoio político institucionalizado. Dessa forma, a igualdade democrática, além de contribuir para a organização do governo, confere legitimidade à relação de domínio.[885]

Como reflexo dos princípios da liberdade, da autodeterminação e da igualdade, a democracia tem como pressuposto a regra da maioria. Isto porque, como a liberdade de participação tem que valer para todos os cidadãos, o estabelecimento do ordenamento jurídico deve contar com o assentimento de, ao menos, a maior parte do povo. Da mesma forma, todos os cidadãos devem

---

[883] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 76-92; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 287-289. Afirma CANOTILHO (CANOTILHO, op. cit., pp. 287-289) que "(...) a democracia é um processo dinâmico inerente a uma sociedade aberta e activa, oferecendo aos cidadãos a possibilidade de desenvolvimento integral e de liberdade de participação crítica no processo político em condições de igualdade económica, política e social."

[884] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 76-92.

[885] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 76-92.

dispor dos mesmos direitos de participação e terem as mesmas oportunidades de influenciar as decisões políticas. Por conta disso, não se pode estabelecer qualquer diferenciação qualitativa na intensidade de participação política de cada cidadão, cada um vale por um voto, portanto, a decisão deve ser o resultado da maioria dos votos. A decisão democrática tem como pressuposto a participação de todos e a igual influência política, a partir de um processo público e aberto em que se deve alcançar a decisão política da maioria, que se tornará obrigatória para todos que participam como cidadãos desse procedimento.[886]

Essa participação também exige um pressuposto ético, baseado especialmente na liberdade e na igualdade. Esse pressuposto ético compreende o respeito às convicções políticas e ao igual direito à participação política do outro, extirpando qualquer pretensão ideológica de atribuir um caráter absoluto às próprias concepções e objetivos. Como consequência, o processo deve ser aberto para a argumentação e confrontação política para busca de uma decisão política no interesse comum de todos. A busca de uma decisão que atenda ao interesse comum de todos direciona a atuação de cada cidadão como responsável por todos, não para atingimento de um mero interesse pessoal.[887] Quanto aos representantes, o interesse comum de todos importa que exerçam seus mandatos como pessoas dignas de confiança, ou seja, que defendam os diferentes interesses e necessidades da sociedade e que exerçam a mediação necessária para a convivência política da comunidade.[888]

Em virtude dessa igual participação no seu aspecto ético, também deve haver uma lealdade frente a estas decisões políticas tomadas pela maioria e que tenham apoio na Constituição. Disso decorre que deve haver um

---

[886] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 76-98; MIRANDA, Jorge. Sistema político e riscos de erosão do regime democrático. Jurismat, 2015. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 115-127.

[887] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 76-98; HABERMAS, Jürgen. Réplica às contribuições no Simpósio da Cardozo Law School. In: A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 533. Segundo HABERMAS (HABERMAS, op. cit., 2018, pp. 533): "A geração do poder comunicativo e do direito legítimo torna necessário que os cidadãos não recorram a seus direitos democráticos exclusivamente como liberdades subjetivas, isto é, de maneira autointeressada, mas também enquanto autorizações para o uso das liberdades comunicativas, isto é, orientados para o bem comum."

[888] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 76-98.

reconhecimento recíproco das regras do jogo democrático, em especial da igualdade de oportunidades para obtenção do poder político. Sem o reconhecimento da igualdade de oportunidades cessaria o respeito e a lealdade da minoria de seguir as decisões da maioria, provocando uma profunda crise na estrutura democrática.[889]

Da mesma forma que a liberdade e a igualdade são pressupostos para a legitimidade do processo democrático, também estabelecem seus limites, já que o regime democrático não se compadece com um absolutismo da maioria. Em princípio, os próprios direitos de liberdade democrática e de igualdade democrática formam um núcleo que não está na esfera de disponibilidade da maioria. Em determinadas situações, a Constituição exige uma maioria qualificada ou mesmo impede que sejam tomadas determinadas decisões, como forma de proteger decisões importantes do Poder Constituinte na previsão do conteúdo nuclear do Estado de Direito Democrático, principalmente quando destinadas à garantia dos direitos de minorias.[890]

Em um Estado de Direito democrático não se pode negar que exista uma integração entre a garantia dos direitos fundamentais e a democracia, em que ambos seriam cooriginários e interdependentes, por isso, não poderia haver o primado de um sobre o outro.[891] Soberania popular e direitos humanos estão conceitualmente interligados, na medida em que a finalidade da autolegislação

---

[889] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 76-98; MIRANDA, Jorge. Sistema político e riscos de erosão do regime democrático. Jurismat, 2015. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 115-127.

[890] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 76-98; MIRANDA, Jorge. Sistema político e riscos de erosão do regime democrático. Jurismat, 2015. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 115-127. Segundo BÖCKENFÖRDE (BÖCKENFÖRDE, op. cit., 2000, pp. 97), com base nos princípios da liberdade e da igualdade, como limites à decisão da maioria, o Tribunal Constitucional Alemão (BverfGE, 5, 85 [198- 200, 224-227]) decidiu pela proibição do partido comunista alemão. Esse partido preconizava a doutrina marxista-leninista como a única absoluta e objetivamente válida, em que os oponentes políticos seriam inimigos que deveriam ser privados de direitos políticos, assim que fosse possível. O Tribunal Constitucional entendeu que os objetivos e os fins do partido seriam incompatíveis com a liberdade e igualdade democráticas.

[891] HABERMAS, Jürgen. Sobre o vínculo interno entre Estado de direito e democracia. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 419- 434; MIRANDA, Jorge. Direitos Fundamentais. Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018, pp. 254-257. Segundo JORGE MIRANDA, os direitos fundamentais não podem ser assegurados e efetivados plenamente fora do regime democrático, assim como a democracia não se realiza sem o exercício dos direitos fundamentais.

democrática deve apontar para a concretização daqueles direitos que os participantes precisam reconhecer reciprocamente, através do direito positivo, como pressuposto para regularem sua convivência de forma legítima. Para que o direito estabelecido pela política seja legítimo deve estar em consonância com os princípios morais, notadamente os concretizados nos direitos fundamentais.[892]

Aduzindo que os direitos fundamentais seriam condição de existência da democracia, DWORKIN [893] leciona que não seria mitigado o princípio democrático quando o Poder Judiciário anula uma decisão da maioria, mas sim garantido. Seria assegurada a democracia já que o direito fundamental, indevidamente restringido pela decisão parlamentar, seria a própria condição de existência da democracia. Portanto, quando o Poder Judiciário substituir a decisão da maioria pela qual entende correta, estará assegurando o direito fundamental que seria pressuposto para o exercício da democracia, por isso, não haveria tensão entre o princípio democrático e os direitos fundamentais, uma vez que se trataria de uma melhor leitura moral da constituição.

---

[892] GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 207-227; MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 231- 278; HABERMAS, Jürgen. O Estado de direito democrático – uma associação paradoxal de princípios contraditórios?. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 135-153; HABERMAS, Jürgen. Inclusão: integrar ou incorporar? Sobre a relação entre nação, Estado de direito e democracia. In: A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 240. Segundo HABERMAS (HABERMAS, Jürgen. Réplica às contribuições no Simpósio da Cardozo Law School. In: A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018, pp. 533): “Caso queira ser legítimo, o direito de uma comunidade jurídica concreta, estabelecido na política, precisa estar em consonância com os princípios morais.”
Sustenta HABERMAS (HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre facticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Editora Tempo Brasileiro, Volume II, Rio de Janeiro, 1997, pp. 263-264) que “os direitos humanos não concorrem com a soberania popular do povo; pois eles se identificam com as condições constitutivas de uma prática de formação pública e discursiva da vontade, que se limita a si mesma.”.
No mesmo sentido: BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 38.
[893] DWORKIN, Ronald. O Império do Direito. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo, 1999, p. 476.

Entretanto, embora haja uma conexão intrínseca, não se pode descartar uma relação de tensão entre a democracia e o Estado de Direito. Isto porque mesmo a maioria legitimamente investida no poder pode ser uma ameaça aos direitos previstos na Constituição, nem sempre os atos produzidos pelo legislador democrático estão em consonância com os direitos fundamentais, muitas vezes trata-se de uma afetação ilegítima que merece ser extirpada do ordenamento.[894] O reconhecimento dessa tensão teria efeitos práticos e benéficos, pois somente com a admissão do conflito poder-se-ia adotar uma solução constitucionalmente adequada, através da técnica de ponderação de bens, em que se poderia racionalmente fundamentar a decisão, principalmente em relação às restrições aos direitos fundamentais. Ao não se admitir o conflito, o fundamento da decisão careceria de racionalidade e transparência, dificultando a sua análise crítica e o seu controle.[895]

3- A DEMOCRACIA E O ESTADO SOCIAL

[894] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 17-36; ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 41-54; ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 499. Sustenta ALEXY (ALEXY, Robert. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015, pp. 53) que os direitos fundamentais são um reforço à democracia e, simultaneamente, uma limitação. Afirma o autor que "(...) Direitos fundamentais são democráticos por isso, porque eles, com a garantia dos direitos de liberdade e igualdade, asseguram o desenvolvimento e existência de pessoas que, no fundo, são capazes de manter o processo democrático com vida e porque eles, com a garantia da liberdade de opinião, imprensa, radiodifusão, reunião e associação, assim como com o direito eleitoral e as outras liberdades políticas asseguram as condições funcionais do processo democrático. Não democráticos são os direitos fundamentais, pelo contrário, porque eles desconfiam do processo democrático."
Segundo ALEXY (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012, pp. 499), "(...) há tanto uma conexão intrínseca quanto uma relação de tensão entre os direitos fundamentais e o princípio democrático."
[895] NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático. Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 17-36.

A amplitude conferida ao ideal democrático é dinâmica e evolui de acordo com os principais valores a serem resguardados em uma dada sociedade e em um determinado momento histórico. Assim como o próprio conceito de cidadão assumiu diferentes significados ao longo do tempo (como o homem proprietário, o homem branco, homens e mulheres), a democracia também teve diferentes características em razão do período em que é estudada ou em virtude da sociedade em que é vivenciada.[896]

Na antiguidade clássica, havia a preponderância da autonomia pública, no que se convencionou denominar de liberdade dos antigos, na qual os cidadãos gregos faziam parte efetiva do processo de formação das principais decisões da cidade. A cidade grega de Atenas foi o embrião da experiência democrática, em que os cidadãos governavam diretamente por meio de uma assembleia, editando leis gerais e decidindo questões privadas. [897] Entretanto, a democracia não detinha o caráter abrangente de hoje, já que os estrangeiros (metecos) e os escravos não eram considerados cidadãos e, por isso, não tinham qualquer direito de interferir na vida política da cidade.[898]

Antes da consagração do ideal democrático nas repúblicas modernas, constata-se que a participação política popular não era enaltecida no Estado Liberal. Como decorrência da visão iluminista, baseada no direito natural e no contrato social, a liberdade era um direito anterior à formação da sociedade e

[896] GIDDENS, Anthony. Sociologia. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 1124-1172; SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 127-150; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 287-330.

[897] ARISTÓTELES. Constituição dos Atenienses. Tradução Delfim Ferreira Leão. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª Ed., 1986, Lisboa, pp. 87; pp. 88-122. Em seu livro "Constituição dos Atenienses", Aristóteles narra que "(...) o povo fez-se a si mesmo senhor de tudo, passando a administrar todos os assuntos, através de decretos e tribunais onde é soberano. Com efeito, mesmo as funções judiciais do conselho passaram para as mãos do povo. Esta parece ter sido a decisão acertada, pois um pequeno número é mais facilmente corrompido pelo dinheiro e pelas benesses do que a multidão."

[898] GILISSEN, John. Introdução histórica ao Direito. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 7ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013, pp. 73-80; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 111-112.

importava em limites ao Estado. Como asseverava TOCQUEVILLE[899], o ideal igualitário democrático seria uma ameaça ao direito natural de liberdade através da atribuição de um poder soberano à maioria. Da mesma forma, CONSTANT[900] entendia que a participação popular submetia o indivíduo à autoridade do todo, subtraindo sua liberdade. Como consequência, o direito de participar do processo de formação da vontade do Estado não era estendido a todos, somente podiam tomar parte nas decisões políticas aqueles que detinham bens, o que excluía a grande maioria da população.

O próprio conceito de Nação, como poder soberano e base de legitimação do sistema representativo, identificava- se com o Terceiro Estado, ou seja, a burguesia proprietária. SIEYÉS[901], em seu manifesto *"Que é o Terceiro Estado?"*, produzido às vésperas da Revolução Francesa, questionava a falta de representatividade política do Terceiro Estado nos Estados Gerais, sustentando uma nova legitimação do poder, não mais baseada na tradição das dinastias reais, mas com fundamento na decisão originária da nação, que daria início à ordem jurídica na sociedade. O instituto da representação conferia legitimidade às leis produzidas no Estado Liberal, como sinônimo de inquestionável justiça, por outro lado, implicava em uma total irresponsabilidade do representante em relação ao povo, exacerbando o distanciamento entre o Estado e a sociedade. Como a democracia não se compadece com o governo de uma só classe, mas

[899] TOCQUEVILLE, Alexis. Discours sur la révolucion sociale (1848), pp. 289 apud BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed., 11ª reimpressão, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2013, pp. 55-61. Embora fosse radicalmente não democrático, Tocqueville tornou-se defensor da democracia quando o adversário a ser refutado era o socialismo, conforme discurso proferido na Assembleia Constituinte, em 12 de setembro de 1948, em que exalta a democracia americana em face do perigo imposto pelo socialismo.

[900] CONSTANT, Benjamin. De la Liberté des Anciens Comparée à celle des modernes (1818). Collection Completé des Ouvrages, vol. 4, parte 7, Paris, Béchet Libraire, 1820, p. 253 *apud* BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed., 11ª reimpressão, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2013, pp. 8-9. Segundo CONSTANT "Não podemos mais usufruir da liberdade dos antigos, que era constituída pela participação ativa e constante no poder coletivo. A nossa liberdade deve, ao contrário, ser constituída pela fruição pacífica da independência privada."

[901] SIEYÉS, Emmanuel Joseph. O que é o Terceiro Estado?. Liber Juris, Rio de Janeiro, 1988. SIEYÉS entende que a nação seria o Terceiro Estado e propõe que os seus representantes tivessem representação política, bem como que a soma desses representantes fosse igual à dos representantes do clero e da nobreza e que as votações fossem realizadas por cabeça.

de todas as classes, não se pode caracterizar o Estado Liberal Burguês como democrático, mas sim em mero governo representativo.[902]

Em reação ao ideal liberal burguês, as doutrinas de Rousseau e Marx contribuíram para o surgimento do Estado Social, já que enquanto o primeiro pretendia a liberdade e a igualdade políticas, o segundo ansiava a liberdade e a igualdade econômico-sociais. [903] Jean- Jacques Rousseau pretendia a instauração de uma república em que o poder soberano seria instituído pela vontade de todos, na qual não se deveria dar garantias aos súditos uma vez que seria impossível o todo agredir aos seus membros. Rousseau defendia a igualdade e a liberdade políticas do homem, por isso, não teve muita preocupação com a tutela do indivíduo em face do Estado, mas de entregar o poder político ao povo, seu legítimo titular. A doutrina de Rousseau desconsidera a existência de direitos naturais de liberdade incondicionados e absolutos, pregado pelo liberalismo burguês. Com a defesa da prevalência da vontade geral, manifestada pelo povo, não haveria direitos superiores ou anteriores ao

[902] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 113-115; MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo II. 6ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 16-17; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 1107-1117; SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 227; BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 44-62; BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed., 11ª reimpressão, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2013, pp. 7-8; pp. 49-54. Conforme bem defendido por BONAVIDES (BONAVIDES, op. cit., 2009, pp. 68): "As restrições ao sufrágio, antes que a democracia abrangesse, mesmo do ponto de vista político, todas as classes, patenteiam que a Revolução Francesa não derrogara a totalidade dos privilégios que obstruíam a participação ativa do povo na escolha de seus governantes e que as ideias imediatamente vitoriosas, semeadas pelo catecismo político, foram sobretudo, as de liberdade, e não as de democracia, a menos que se estenda esta num sentido de aplicação restrita."
No mesmo sentido, BOBBIO (BOBBIO, op. cit., pp. 7-8): "(...) um Estado Liberal não é necessariamente democrático: ao contrário, realiza-se historicamente em sociedades nas quais a participação no governo é bastante restrita, limitada a classes possuidoras. Um governo democrático não dá vida necessariamente a um Estado Liberal: ao contrário, o Estado Liberal clássico foi posto em crise pelo progressivo processo de democratização produzido pela gradual ampliação do sufrágio até o sufrágio universal."
[903] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 165-181.

Estado, a vontade geral seria a última instância de decisão para a organização política.[904]

A vontade geral decorreria da participação efetiva dos cidadãos, de maneira autônoma, solidária e sem delegações. Ao contrário do modelo liberal, em que a relação política entre Estado e cidadão é vertical, a doutrina de Rousseau pressupõe uma obrigação política horizontal, entre cidadão-cidadão, como fundamento para uma associação política participativa baseada em uma igualdade substantiva.[905] Essa conjugação da liberdade e da igualdade do homem com o poder político resultou na democracia e foi responsável por promover a reconciliação do indivíduo com o Estado.

Sob o viés econômico e social, o governo representativo foi severamente criticado por Marx e Engels, para denunciar a ordem jurídica burguesa como instrumento para manter condições de produção injustas. Constatou-se uma relação entre a estrutura de classes e a ordem jurídica formalista com a manutenção da desigualdade social. Por conta da crítica marxista, a questão política foi ampliada, não dizia respeito somente à organização do Estado, mas também à estruturação da sociedade em seu todo, uma vez que a justiça social dependia da participação política.[906]

Embora a doutrina de Marx tenha contribuído de forma significativa para a conformação do Estado Social, sua concepção se distancia do componente democrático, quando defende a revolução pela classe operária, já que não haveria outro caminho para o socialismo que não fosse a tomada do poder pela violência, com a destruição do capitalismo e o despojamento da burguesia de

---

[904] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 165-181; BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed., 11ª reimpressão, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2013, pp. 7-10.

[905] SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 225-230.

[906] SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 230-234. Como menciona BOAVENTURA SANTOS, o pensamento de Marx sobre a democracia é bastante complexo, admitindo a possibilidade de o socialismo ser alcançado pela via eleitoral e valorizando a democracia participativa que pressupõe o modelo de comunidade de Rousseau (classe operária). No entanto, o projeto socialista de Marx entendia que a emancipação social preponderantemente deveria ser atingida com a revolução política e, posteriormente, com a estatização dos partidos políticos, o que acarretaria a perda de legitimidade democrática.

seus privilégios.[907] De qualquer forma, com a revisão do materialismo histórico e a respectiva evolução da doutrina socialista foi estabelecida uma conexão entre o socialismo e a democracia. Leciona BOBBIO[908] que existem dois nexos de complementaridade entre o socialismo e a democracia. O primeiro reside na constatação de que o processo democrático levará necessariamente à sociedade socialista, fundada na transformação do instituto da propriedade privada e na coletivização dos principais meios de produção. O segundo nexo consiste em que somente a sociedade socialista tornará possível uma maior participação política, com uma distribuição igualitária do poder econômico e do poder político, cumprindo efetivamente o ideal democrático.

Como resultado, pode-se apontar três características da democracia do Estado Social que a diferencia da liberal. Primeiro, ao contrário do liberalismo apoiado em um governo representativo, a democracia do Estado Social reivindica mecanismos de participação direta, tanto no sentido de que há predominância das decisões tomadas pelo povo como de que os representantes possuem vínculos com os representados. Segundo, reforçando a intensidade e a qualidade do exercício da soberania popular, a democracia do Estado Social permite a participação popular nas decisões econômicas, que no liberalismo era tomada de forma autocrática. Por fim, a democracia do Estado Social transforma o poder formal de participar (próprio do liberalismo) em poder substancial, na medida em que por meio de uma distribuição mais equânime do poder econômico há uma maior igualdade entre os homens e se abandona a mera participação formal (igualdade de votos).[909]

---

[907] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 165-181.
Nesse ponto, vale consignar a posição de Norberto Bobbio (BOBBIO, Norberto. Qual Socialismo? Discussão de uma alternativa. Trad. Iza de Salles Freza. 4ª Edição, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2001, pp. 21-35) de que a revolução do proletário seria um momento meramente transitório que não acarretaria qualquer incompatibilidade entre o socialismo e a democracia.

[908] BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed., 11ª reimpressão, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2013, pp. 79-84; BOBBIO, Norberto. Qual Socialismo? Discussão de uma alternativa. Trad. Iza de Salles Freza. 4ª Edição, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2001, pp. 21-35.

[909] BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed., 11ª reimpressão, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2013, pp. 79-84; BOBBIO, Norberto. Qual Socialismo? Discussão de uma alternativa. Trad. Iza de Salles Freza. 4ª Edição, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2001, pp. 21-35.

Portanto, a superveniência do Estado Social exigiu um processo democrático mais complexo que o sistema representativo do Estado Liberal, não somente pelo número de participantes e pela forma de participação, mas também pelas diversas áreas para onde ele deve ser estendido e pela quantidade e heterogeneidade das questões que deve abordar. Para a doutrina liberal, a empresa e as relações domésticas seriam parte do domínio privado, portanto, estariam excluídas do processo político, uma vez que pertencem à esfera da propriedade privada e à intimidade pessoal. As desigualdades existentes nessas relações não seriam relevantes para a relação vertical estabelecida entre o Estado Liberal e indivíduo.

À cidadania cívica e política somou-se a cidadania social e econômica, com o fortalecimento de uma relação política horizontal através da solidariedade entre os indivíduos.[910] A aplicação da democracia em todas as áreas sociais importou em um alargamento do seu conteúdo e das respectivas questões que devem ser tratadas, contemplando a democracia política (democratização do poder político), a democracia social (democratização do poder social) e a democracia econômica (democratização do poder econômico).[911] Por conta disso, o princípio democrático no Estado Social resulta em um processo de democratização de diferentes aspectos da vida econômica, social e cultural, esse processo não passa apenas pelo Estado, mas também por toda a sociedade.[912]

---

[910] GARCÍA- PELAYO, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporâneo. Ed. Alianza, Madrid, 1977, pp. 46 e ss; SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 225-230.

[911] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 127-150; SANTOS, Boaventura de Souza. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, São Paulo, 1995, pp. 122; BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 40-50; pp. 89-95.

[912] SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 269-277; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 287-330. Como aponta Canotilho, ao citar exemplos previstos na Constituição Portuguesa, o princípio democrático imporia regras democráticas de formação de órgãos dirigentes dos partidos (artigo 54, 5º, b, da Constituição Portuguesa); a gestão democrática das escolas (artigo 77 da Constituição

4- O MODELO REPRESENTATIVO LIBERAL E O ESTADO SOCIAL

O surgimento do instituto do mandato representativo remonta ao Estado Liberal, embasava um governo de uma só classe. O mandato representativo dotava as leis produzidas pelo Parlamento de inquestionável justiça, ao mesmo tempo em que implicava em uma total irresponsabilidade do eleito em relação ao povo. Embora o mandato representativo tenha sido herdado do Estado Liberal, constata-se uma sensível diferença de significado com relação ao mandato representativo existente no Estado Social. Isto porque, com a extensão do sufrágio para classe operária e a superação do governo de uma só classe pelo governo de todas as classes, a atribuição do mandato representativo pela escolha dos representantes passou a ser de toda a sociedade no Estado Social, caracterizando-se, assim, como uma democracia representativa.[913]

Os partidos políticos são instituições essenciais ao modelo representativo e também tiveram origem no Estado Liberal, por meio da reiteração de eleições nos governos representativos, em que grupos organizados foram surgindo com o objetivo de ampliar sua área de influência. Como a grande massa trabalhadora estava impedida de participar do processo político, os partidos não tinham o objetivo de congregar o maior número de pessoas, mas sim de ter o maior número de indivíduos influentes ou com considerável patrimônio, por isso, foram denominados de partidos de elite ou de quadros.[914]

Portuguesa); a participação na administração local (artigo 233, da Constituição Portuguesa).

[913] BONAVIDES, Paulo. Do Estado Liberal ao Estado Social. Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009, pp. 42-44; BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed., 11ª reimpressão, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2013, pp. 7-8. Não é por outro motivo que BONAVIDES e BOBBIO defendem que a conquista do sufrágio universal e a participação democrática total e indiscriminada de todos os homens na formação da vontade estatal foi um dos fatores de derrocada do Estado Liberal, com a superação do governo de uma classe pelo governo de todas as classes.

[914] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 113-117; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 75-80; NOVAIS, Jorge Reis. Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo. AAFDL Editora, Lisboa, 2017, pp. 81-85; AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica

Através da influência da concepção socialista, houve uma alteração das características e das funções desenvolvidas pelo partido, com a estruturação em forma hierarquizada, em diversos núcleos de base, sob um comando único e com o objetivo de assegurar o maior número de simpatizantes, de forma a que pudesse mobilizar mais facilmente a massa de trabalhadores para manifestações, comícios e passeatas. Por outro lado, o grande número de participantes permitia a subvenção das ações do partido, por meio da cobrança de pequenas contribuições.[915]

No Estado Social, os partidos se tornaram instituições fundamentais à democracia representativa. Entretanto, não são os únicos participantes do dinâmico e complexo processo comunicativo, em que se forma um consenso na comunidade sobre o que o Estado deve ou não fazer. A participação também ocorre por meio de grupos organizados, como agências, movimentos e organizações sociais, que atuam às margens do processo político democrático formal oferecido pelos Estados nacionais e que têm interesses conectados às questões ambientais, sociais e econômicas, como são os grupos ecológicos, de direitos humanos, de consumidores, de igualdade sexual, de igualdade racial, dentre outros.[916] Esses grupos são constituídos por pessoas com interesses comuns e têm como objetivo colocar em pauta assuntos que não são tratados ou são tratados de forma insatisfatória pelas instituições estatais democráticas. Embora esses grupos organizados não participem formalmente do processo político, exercem papel preponderante no desenvolvimento da democracia e dos direitos fundamentais.[917]

– Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 234- 253.

[915] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 75-80.

[916] SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 41-125; SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 97-144; pp. 260; AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 271-281.

[917] SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 41-125; SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 97-144; pp. 260; AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 271-281.

Enquanto os partidos ajudam na formação do consenso na comunidade em torno de interesses globais e participam da própria formação de vontade estatal, com a respectiva atuação nos parlamentos; os grupos organizados dirigem suas pretensões aos órgãos de governo para que este satisfaça seus interesses setoriais, que podem corresponder a uma vantagem para os próprios membros ou em uma concepção do bem para coletividade. Por conta disso, os grupos organizados não contam com previsão expressa na ordem jurídica constitucional e, por isso, atuam no processo democrático de forma informal, embora sua atuação no espaço público seja garantida pela liberdade de associação (artigo 5º, inciso VII), pela liberdade de expressão (artigo 5º, inciso IV) e pelo direito de reunião (artigo 5º, inciso XVI).[918]

No âmbito do processo político formal, ainda são os partidos políticos as instituições responsáveis por conectar eleito e eleitor no modelo da democracia representativa. Embora o partido seja o responsável por cobrar uma coerência de atuação do representante eleito, este é livre para o desempenho do seu mandato.[919] Como os poderes advindos do mandato do representante são conferidos pela Constituição, a representação é geral, livre e irrevogável. É geral,

---

[918] AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 271-281. Como leciona AMARAL (AMARAL, op. cit., 2005, pp. 279-280), os grupos organizados somente são tolerados pela ordem constitucional enquanto expressão dos direitos fundamentais de liberdade de expressão, de liberdade de reunião e de liberdade de associação, por isso, quando os interesses do grupo passam a dominar o processo de formação da vontade do Estado há uma corrupção da ordem democrática.
Segundo FERREIRA FILHO (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Princípios Fundamentais do Direito Constitucional. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015, pp. 83-84) "(...) nem sempre os grupos de pressão se desenvolvem para a defesa escusa de interesses inconfessáveis. Grupos com interesses legítimos, econômicos ou não, sujeitos às decisões de um Estado intervencionista, generalizadamente recorrem à pressão política. (...) As ONG'S, por exemplo, que tanto destaque têm hoje, são grupos de pressão, pois pressionam o governo diretamente em prol da preservação do meio ambiente, do combate aos produtos transgênicos etc."
Como ensina FERREIRA FILHO (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 119) os grupos de pressão pode ser extremamente perigosos para a democracia e para o bem comum. Como informa o autor: "Para a democracia são daninhos porque substituem à vontade geral vontades particulares. Para o bem comum, porque, além de servirem-se de todos os meios, bons ou maus, para alcançar seus fins afastam a consideração do interesse geral, para impor os interesses mais fortes, mais ricos, mais poderosos."
[919] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 127-150; BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 216-219.

pois o eleito tem o poder de representar todas as pessoas, mesmo aquelas que não votaram nele. O mandato é irrevogável, na medida em que o representado não pode revogá-lo, o eleito possui o direito de mantê-lo pelo tempo previsto na Constituição para a sua duração. Por fim, também é livre, uma vez que o representante não fica vinculado aos representados, não possui qualquer obrigação jurídica de atender às vontades dos eleitores ou de prestar contas.[920]

Dessa forma, uma primeira crítica ao modelo representativo seria de que, por conta da falta de vinculação do representante ao representado no exercício do mandato, nesse sistema há uma mera ficção de representação da vontade do povo, mas não uma representação real e efetiva da vontade popular. Além disso, ainda como reminiscência do Estado Liberal, critica-se a democracia representativa por fundar-se no princípio individualista e na igualdade formal, na medida em que considera a participação do eleitor individual no processo de formação da vontade do governo. Os membros da sociedade participam do procedimento democrático representativo com a finalidade de assegurar somente os seus próprios interesses pessoais, no qual os representantes são escolhidos para defender os interesses particulares dos representados. Não há uma preocupação com o outro ou com o interesse social.[921]

Em que pesem as críticas direcionadas à democracia representativa, a implementação de uma democracia direta esbarra em obstáculos práticos e teóricos. Do ponto de vista prático, a democracia direta seria de impossível aplicação à realidade moderna, devido à amplitude do território dos atuais Estados Nacionais, pelo elevado número de cidadãos das comunidades políticas

[920] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 127-150; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 113-127; BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 78-79.

[921] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 127-150; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp.7-49; pp. 51-65. Sustenta BONAVIDES (BONAVIDES, op. cit., pp.7-49; pp. 51-65) que o modelo representativo seria o meio das elites nacionais manterem- se no poder, com o apoio das grandes corporações internacionais. A mídia seria utilizada para propagar uma pseudo democracia e um pseudo regime representativo, conferindo uma aparência de legitimidade ao sistema.

e pela quantidade e complexidade das decisões que precisam ser tomadas.[922] No tocante ao aspecto teórico, argumenta-se que mesmo a democracia direta não espelharia a vontade popular com fidelidade, uma vez que a própria vontade do povo seria uma ficção, cujo conteúdo dependeria da pergunta que fosse realizada. Exemplo disso seriam as experiências dos referendos, em que o povo simplesmente manifesta um sim ou um não à pergunta previamente formulada. Essa pergunta pode ser perfeitamente manipulada para obtenção de uma resposta esperada.[923] Por outro lado, a democracia constitui uma forma de domínio e um meio de organizar esse domínio, assim sendo, deve haver uma unidade de decisão e de ação. Para isso, resulta necessária a existência de órgãos de direção, com caráter representativo, para a organização democrática do domínio. Portanto, a representação é uma necessidade originária, já que a democracia direta é um modelo utópico de difícil realização.[924]

Embora utópico, não se pode negar que a concepção original da democracia seria a democracia direta ou autêntica, na qual há uma unidade (identidade) entre governantes e governados, defendida por Rousseau. A democracia representativa seria uma forma inferior de democracia, que não pode ocultar seu défice de verdadeira democracia, embora seja necessária tecnicamente. Por isso, qualquer elemento de democracia direta que for

[922] BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 69-104; BOBBIO, Norberto. Liberalismo e Democracia. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed., 11ª reimpressão, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2013, pp. 31-36; BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 133-158.

[923] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 133-158; BOBBIO, Norberto. Qual Socialismo? Discussão de uma alternativa. Trad. Iza de Salles Freza. 4ª Edição, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2001, pp. 55-74; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Pode o referendo aprofundar a democracia? *In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 301-323.

[924] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 133-158; BOBBIO, Norberto. Qual Socialismo? Discussão de uma alternativa. Trad. Iza de Salles Freza. 4ª Edição, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2001, pp. 55-74.

incorporado ao sistema indireto traria uma legitimidade maior, representaria um *plus* de democracia.[925]

Nesse sentido, deve-se caminhar para uma maior participação da sociedade no processo político por meio de uma democracia participativa, não no sentido de aniquilar a democracia representativa, mas de conferir hegemonia à participação do cidadão através daquela. Por meio dos instrumentos da democracia participativa, haveria uma identidade entre governantes e governados, preconizada por Rousseau, com a legitimação do sistema. Em assim sendo, deve-se dotar a democracia representativa de instrumentos que possibilitem a maior participação popular, conferindo efetividade à Constituição, uma vez que em seus vários artigos já há previsão da implementação de uma democracia participativa.[926]

---

[925] BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 68-104; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Pode o referendo aprofundar a democracia? *In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 301-323.

[926] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp.7-49; pp. 108-142; BONAVIDES, Paulo. A decadência da democracia representativa no Brasil. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume V, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 9-11; BONAVIDES, Paulo. O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008, pp. 63-83; BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 69. BOBBIO (BOBBIO, op. cit., 2017, pp. 69) defende que "(...) a exigência de mais democracia, tão frequente nos últimos anos, exprime-se como exigência de que a democracia representativa seja acompanhada ou mesmo substituída pela democracia direta."
Por outro lado, BONAVIDES (BONAVIDES, Paulo. A decadência da democracia representativa no Brasil. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume V, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 9-11) sustenta que "(...) em verdade, o que desejamos é acabar com a preponderância representativa, banindo dos costumes políticos e do exercício do poder executivo e legislativo a corrupção, que é o câncer da governabilidade." Com base na sua teoria constitucional da democracia participativa, BONAVIDES prega a evolução para o Estado democrático-participativo, em que se sobrelevariam a soberania, a igualdade e a justiça social, como formas de resistência dos países da periferia contra os valores neoliberais. De acordo com a teoria da democracia participativa de BONAVIDES, os juízes teriam papel fundamental como instrumentos para restaurar a legitimidade do sistema. Compromissados com uma nova hermenêutica constitucional, seriam os responsáveis pela concretização dos valores constitucionais, cujo valor supremo seria a dignidade da pessoa humana, como direcionador do regime e das instituições. Aos juízes não caberia

A democracia participativa pressupõe o estabelecimento de um diálogo direto entre governantes e governados, através da aproximação do Estado com a sociedade. De início, os representantes devem estar submetidos a responsabilidades e sujeitos aos controles democráticos, por meio de uma constante fiscalização popular. O controle dos abusos de poder não deve ser mais realizado somente pelos órgãos estatais, deve-se garantir ao cidadão instrumentos de controle como forma de fiscalização ético-normativa dos atos praticados pelos representantes.[927]

Além de um controle social puro, cujo exemplo ocorreria quando o eleitorado deixasse de eleger algum agente público, protestasse ou impusesse algum outro tipo de pressão sobre os representantes, deve haver também um controle social com repercussões jurídicas, que incidiria sobre atuações ilícitas dos agentes públicos. O controle social puro, em virtude da crise do modelo representativo, estaria em pleno declínio, haja vista o desinteresse do cidadão brasileiro em participar do debate político. Isso acarretou o crescimento da

---

o apego ao formalismo positivista, dos tempos do juiz boca de lei de Montesquieu. Teriam a função de interpretar e aplicar a constituição, concretizando o Estado de Direito, as liberdades públicas e os direitos fundamentais. Defende ainda a regulamentação do artigo 14 da Constituição, que prevê que a participação popular direta por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, como forma de se conferir legitimidade à democracia representativa e concretizar o próprio princípio da soberania popular em sua plenitude.

Os artigos constitucionais que garantem a democracia participativa, dentre outros, são: Artigo 14; artigo 10; artigo 29, incisos XII e XIII; artigo 37, §3º; artigo 187; artigo 216, § 1º; artigo 216 -A, inciso X; artigo 225; artigo 103- B, inciso XIII; artigo 130-A, inciso VI; artigo 194, parágrafo único, inciso VII, artigo 198, inciso III; artigo 204, inciso II; artigo 227, § 1º; artigo 82 do ADCT.

[927] PEREIRA, Rodolfo Viana. Controle e Legitimidade Democrática. In: Constitucionalismo e Democracia. Editora JusPodivm, Salvador, 2013, pp. 71-91; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constitucionalismo e Geologia da Good Governance. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 325-334. Segundo PEREIRA (PEREIRA, op. cit., 2013, pp. 71-91), a participação popular no controle da gestão da coisa pública teria o benefício quantitativo de aumentar a visibilidade e a divulgação de casos de abuso de poder, como também seria eficiente pelo aspecto qualitativo uma vez que os diversos atores incrementariam as estratégias de controle.

Por sua vez, CANOTILHO (CANOTILHO, op. cit., 2017, pp. 325-334), ao mencionar que o conceito da *good governance* compreende a condução responsável dos assuntos do Estado, entende que uma cidadania ativa e participativa pressupõe a *accountability* (dever de cuidado estatal e de prestar contas) e a *responsiveness* (sintonia entre a atuação estatal e a aspiração dos cidadãos).

judicialização de questões políticas, por meio de um controle social com repercussão jurídica, expressamente previsto na Constituição.[928]

O poder de representação deve ser adequado ao cargo e limitado juridicamente, para que não se confunda com a própria soberania popular. Consequentemente, deve ser prevista a possibilidade de o poder de decisão representativo ser corrigido ou contrabalanceado, seja com a retirada do mandato dos representantes ou com a decisão direta do povo sobre certos assuntos. Esses mecanismos de participação do povo seriam, assim, elementos de correção do processo democrático, que devem ser incorporados na organização constitucional democrática representativa.[929]

Isto porque a atuação dos representantes deve refletir a vontade popular. Sabe-se que a representação tem uma conotação formal e outra material. Ambas as concepções são necessárias ao conceito de democracia, na medida em que através da representação formal se constitui o domínio, com a criação da estrutura democrática do Estado, e a representação material tem a função de limitar e vincular esse domínio ao conteúdo da vontade popular.[930]

A representação formal democrática constitui a maneira jurídica pela qual se estabelece a relação de autorização, legitimação e imputação entre os órgãos de direção e o povo. Como os órgãos de direção atuam em nome do povo e como se fosse o próprio povo, suas ações têm a aptidão de obrigar juridicamente o povo. Por sua vez, a concepção material de representação importa em

---

[928] BARCELLOS, Ana Paula de. Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle judicial democrático: algumas propostas sobre o tema da informação. Revista de Direito do Estado – RDE, ano 3, nº 12, out/dez 2008, pp. 77-105. O controle social com repercussão jurídica estaria previsto nas seguintes normas constitucionais: artigos 5º, inciso XXXIII e XXXIV; 31, § 3º e 162 (garantem o direito à informação e o direito de petição aos órgãos públicos); artigo 74, § 2º (assegura o direito de provocação do controle externo, exercido pelo Tribunal de Contas, para a apuração de irregularidades ou ilegalidades praticadas pela Administração Pública); artigo 5º, incisos LXIX, LXXI, LXXII e LXXIII (mandado de segurança, mandado de injunção, habeas data e ação popular).

[929] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 133-158; BOBBIO, Norberto. Qual Socialismo? Discussão de uma alternativa. Trad. Iza de Salles Freza. 4ª Edição, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2001, pp. 55-74; SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 280-367.

[930] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 133-158.

reconhecer que a ação dos órgãos de direção, autorizados e legitimados pelo povo, deve refletir o conteúdo da vontade popular. Como decorrência desse aspecto material, os cidadãos devem poder se reconhecer nas atuações dos órgãos de direção, como aquilo que desejam e que entendem correto. Somente com a representação material se pode garantir as condições da democracia, evitando que degenere para o domínio arbitrário de um grupo ou para o absolutismo de uma maioria ocasional.[931]

A doutrina alemã discute como deve ser determinado o conteúdo da vontade popular. SCHMITT[932] informa que esta não se refere à vontade empírica do povo ou dos indivíduos, mas sim ao povo como unidade política, ao passo que para KAUFMANN[933] a vontade do povo seria a força espiritual real que determina os indivíduos e, por fim, LANDSHUT[934] entende como algo geral e comum, a partir de uma pluralidade, em que os indivíduos vejam- se como comunidade.

Por outro lado, a doutrina norte-americana [935] adota o conceito de *responsiveness*, em que os representantes deveriam ter uma sensibilidade e uma disposição para assumir e atender aos desejos e interesses dos representados. O representante não se limita simplesmente a executar esses interesses e desejos, também conserva a capacidade de antecipá-los e de decidir objetivamente de acordo com a ideia do justo e do interesse superior comum a todos.

---

[931] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 133-158.
[932] SCHMITT, Carl. Verfassungslehre, Berlin, 1970, pp. 201-2012 apud BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 149.
[933] KAUFMANN, Erich. Zur Problematik des Volkswillens. Ed. W. de Gruyter & co., Berlim, 1931, pp. 22 e segs. apud BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 149.
[934] LANDSHUT, Siegfried. Der politische Begriff der Repräsentation, 1964, pp. 492 e segs. apud BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 149.
[935] EULAU, Heinz et al. The role of the representative: some empirical observations on the Theory of Edmund Burk. American Political Science Review 53, 1959, pp 742 e segs; EULAU, Heinz et al. Changing views of representation. Ed. De Sola Pool, Contemporary Political Science: toward empirical theory, New York, 1967, pp. 53 e segs apud BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 149.

A falta de legitimidade do modelo democrático representativo surge quando os indivíduos não possam se reconhecer nos atos dos seus representantes e suas expectativas mostram- se frustradas. Esse é o ponto nodal do crescente descrédito no procedimento democrático representativo, refletindo na falta de esperança popular nas decisões e nas instituições democráticas. Os problemas que afetam a democracia representativa são de natureza ética- normativa. A ordenação da vida em comunidade não pode articular-se somente através de aspectos referentes a organização, participação, legitimação e existência de controles, de caráter racional- funcional, mas necessita também de orientações, concepções e realizações do tipo ético-normativo. As instituições devem desempenhar um relevante papel de concretização dessas orientações ético- normativas, impedindo que resultem como simples postulados sem realização prática.[936]

A concretização dessas orientações ético-normativas está condicionada ao funcionamento adequado da representação popular, como mediadora entre os membros da sociedade, em direção ao atendimento do interesse geral ou comum. Isto porque, como a sociedade atual está estruturada em um individualismo exacerbado e em um pluralismo de interesses, os diversos grupos sociais consideram que sua tarefa é de impor seus próprios interesses, sem se importar para o interesse geral. Uma vez que os representantes dependem dos votos dos seus eleitores para se manterem no poder, exercem seus mandatos para assegurar o atendimento dos interesses de grupos dominantes.[937]

A falta de direcionamento ético-normativo em favor de interesses gerais ou comuns faz com que a democracia representativa venha sendo o meio

[936] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 133-158; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp.7-49. Segundo BONAVIDES, em um Estado de Direito, cabe ao Poder Judiciário fiscalizar as exigências ético- normativas para a legitimação do sistema democrático. Através dos novos métodos de interpretação e aplicação dos valores constitucionais, aos juízes caberiam garantir que o poder econômico não exercesse influência indevida sobre o procedimento democrático, assegurando o aspecto material da representação, em que o cidadão possa se reconhecer na decisão do representante.

[937] BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia. Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 133-158.

correntemente utilizado para legitimar atos de governo que atendam aos interesses individuais dos mais poderosos. Isso se deve à grande influência que o poder econômico exerce no processo de escolha dos representantes do povo e, inclusive, nas decisões sobre as políticas públicas.[938] Não é por outro motivo que, na opinião de alguns doutrinadores[939], o elemento essencial da democracia representativa, os partidos políticos, constituem um risco para democracia, notadamente por serem efetivamente comandados por grupos oligárquicos, por serem mais facilmente corrompidos por supostas doações eleitorais e por estarem mais sujeitos à influência do poder econômico.

Nesse sentido, mostra-se pertinente a crítica marxista no sentido de que se deve ampliar o debate político- democrático para o campo econômico e social.[940] Pelo menos no Brasil, o principal entrave à democracia não é a limitação da liberdade pelo governo autoritário, mas sim o abuso do poder econômico exercido pelas grandes corporações multinacionais, responsáveis por ditar o caminho do desenvolvimento econômico e social do país.[941] A

---

[938] SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 306-317; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp.7-24; MIRANDA, Jorge. Ética republicana e reforma do Estado. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 161-164; MIRANDA, Jorge. Reformas democráticas. In Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016, pp. 179-178; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 13-19; UNGER, Roberto Mangabeira. O Direito e o Futuro da Democracia. Tradução: Caio Farah Rodriguez e Márcio Soares Grandchamp. Editora Boitempo Editorial, São Paulo, 2004, pp. 16 -21; SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 269-277.

[939] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 113-117; FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 13-19.

[940] HABERMAS, Jürgen. A soberania popular como processo. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015, pp. 38. Como informa HABERMAS (HABERMAS, op. cit., 2015, pp. 38) “Outrora, pretendeu-se impor a democracia contra o despotismo que se via corporizado palpavelmente no rei e em parte da nobreza e do alto clero. Entretanto, o poder político despersonalizou-se; a democratização já nem sequer se desgasta no embate com resistências genuinamente políticas, mas sim com os imperativos sistémicos de um sistema econômico e administrativo fortemente diferenciado.”

[941] BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp.7-24; SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos, Democracia e

privação de bens materiais de primeira necessidade impede que se alcance a igualdade entre os cidadãos, como condição para o exercício da cidadania.[942]

O efeito da globalização neoliberal no processo democrático decorre da assimetria entre o caráter global da economia e do capital financeiro e o caráter limitado do direito e da política estabelecidos pelas fronteiras do Estado Nacional, culminando em um vazio de direito público e em uma respectiva prevalência do direito negocial privado produzido pelos próprios atores econômicos. Por conta disso, já não são os Estados que regulam as empresas, mas as grandes corporações que impelem os Estados a competir por investimentos, de acordo com a facilidade de exploração da força de trabalho, de destruição do meio ambiente e de corrupção dos governos. Pela prevalência da lei do mercado sobre o direito, o projeto constitucional de garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana é substituída pela razão do mercado, cuja única finalidade é o crescimento da riqueza de poucos. O resultado é a aniquilação da democracia e da própria política, que deixam de ser fontes de tutela de interesses gerais ou comuns para se tornarem parasitárias e subalternas ao mercado.[943]

Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 41-125; SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 280-367. O poder econômico exercido pelas grandes corporações multinacionais insere-se na definição de FERREIRA FILHO (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 119) acerca desses grupos de pressão: "(...) são os grupos de pressão extremamente perigosos para a democracia e para o bem comum. (....) Para a democracia são daninhos porque substituem à vontade geral vontades particulares. Para o bem comum, porque, além de servirem-se de todos os meios, bons ou maus, para alcançar seus fins afastam a consideração do interesse geral, para impor os interesses mais fortes, mais ricos, mais poderosos."

[942] BAGGIO, Antonio Maria. O princípio esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p.88; BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. Editora Malheiros, 3ª Edição, São Paulo, 2003, pp.7-24; BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 162-168; BOBBIO, Norberto. Qual Socialismo? Discussão de uma alternativa. Trad. Iza de Salles Freza. 4ª Edição, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2001, pp. 55-74; SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 280-367.

[943] FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo más allá del Estado. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018, pp. 19-23.

Fica claro, assim, que a legitimidade democrática em um Estado de Direito Social passa pela redefinição da fronteira entre o Estado e a sociedade civil, com a ampliação do debate político para a área econômica e social, bem como pela adoção de mecanismos de participação popular democrática. Assim sendo, além de se aprofundar os instrumentos da democracia participativa, deve-se estender o debate político democrático para todas as áreas da sociedade.[944] Ao se estender o debate político democrático para todas as áreas da sociedade, oportuniza- se o aumento do número de pessoas que têm direito de participar das decisões que lhes dizem respeito, como também do número de espaços onde esse direito pode ser exercido.[945]

5- O ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O projeto republicano democrático no Brasil teve início em fins do século XIX e somente se consolidou ao longo do século XX. A primeira Constituição de 1824 apresenta um caráter absolutista, com alguns traços do modelo liberal. Não foi consagrado um regime democrático, mas sim um incipiente sistema

[944] SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013, pp. 269-277; pp. 280-367; SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento. Editora Cortez, São Paulo, 2013, pp. 41-125; SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e relações privadas. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006, pp. 306-317; CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 77-78; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Pode o referendo aprofundar a democracia? *In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017, pp. 301-323.

[945] BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 89-95; BOBBIO, Norberto. Qual Socialismo? Discussão de uma alternativa. Trad. Iza de Salles Freza. 4ª Edição, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2001, pp. 55-74. Conforme aduz BOBBIO (BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 40): "Após a conquista do sufrágio universal, se ainda é possível falar de uma extensão do processo de democratização, esta deveria revelar-se não tanto na passagem da democracia representativa para a direta, como habitualmente se afirma, quanto na passagem da democracia política para a democracia social (...)".

representativo atrelado ao direito de propriedade, em que somente poderiam exercer direitos políticos os detentores de propriedade.[946]

Na Constituição de 1824, os Senadores e Deputados eram escolhidos em eleições indiretas e caberia a um grupo de cidadãos eleger os eleitores da Província (artigo 90). Não poderiam participar da Assembleia para escolha de eleitores, os menores de 21 anos, os criados, os religiosos e quem não tivesse renda líquida anual de cem mil réis (artigo 92). Para fazer parte do grupo seleto de eleitores, que teriam o direito de votar em deputados e senadores, seria necessário que o cidadão brasileiro tivesse renda anual líquida de duzentos mil réis (artigo 94). Se não bastasse isso, o Imperador detinha o poder de escolher um terço dos senadores (artigo 43), juntamente com os Deputados, compunham o Poder Legislativo, que funcionava com a sanção do Imperador (artigo 13). Somente os cidadãos brasileiros que tivessem renda anual líquida de oitocentos mil réis poderiam ocupar cargo no Senado (artigo 45).

A Constituição de 1891 instaurou a república e se avançou no campo dos direitos políticos, entretanto, os mendigos, os menores de 21 anos, os praças de pré, as mulheres, os religiosos e os analfabetos não podiam ser eleitores, muito menos eram elegíveis. Embora os Deputados, Senadores e Presidente fossem eleitos por sufrágio direto de toda a Nação (artigos 28, 30 e 47), como grande parte da população brasileira era composta de negros e migrantes, em sua quase totalidade analfabeta, o povo ainda continuou alijado do exercício dos direitos políticos.

Encampando os ideais do Estado Social de sua época, a Constituição de 1934 estendeu os direitos políticos para as mulheres e para os maiores de 18 anos, embora tenha mantido a restrição para aqueles que não sabiam ler e escrever, para os praças de pré e para os mendigos (artigo 108). Ao lado dos Deputados eleitos diretamente, o artigo 23 previu a existência de Deputados eleitos por organizações profissionais, em nítida adoção da concepção Social-Coorporativa. Como forma de garantia de direitos políticos, foi criada a Justiça Eleitoral (artigos 82 a 83).

---

[946] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 113-115.

A Constituição outorgada de 1937, com flagrante influência fascista, retrocedeu na garantia dos direitos políticos, uma vez que a maioria dos artigos que tratavam dos direitos políticos regulavam a perda, a suspensão e a reaquisição dos direitos políticos (artigos 118, 119 e 120).

Em 1946 foi promulgada uma Constituição de cunho democrático e social, com a garantia de direitos políticos adquiridos na Constituição de 1934. Os cargos de Presidente, Senador e Deputado voltaram a contar com eleições diretas (artigos 56, 60 e 80), no entanto, o analfabeto continuou a não poder alistar-se como eleitor. O sufrágio universal, com o voto direto e secreto, bem como a representação proporcional dos partidos políticos teve previsão expressa (artigo 134) e propiciou o surgimento de partidos de diferentes ideologias.

A Constituição autoritária de 1969 restringiu os direitos políticos antes conquistados, uma vez que introduziu a técnica da sublegenda, o voto vinculado e a eleição indireta para a Presidência, para o governo dos Estados e para um terço do Senado. Mesmo contendo apenas parte do Legislativo eleito por voto direto e universal, o regime militar interrompeu por diversas vezes os trabalhos parlamentares, em nítida repulsa aos ideais democráticos. Nesse período defendeu-se o "elitismo democrático", em que haveria uma constante interação entre as massas e a elite brasileira. Esta última seria a responsável por interpretar os anseios do povo e por harmonizá-los com o bem comum e os interesses da nação, assim, pressupõe que o povo deveria ser preparado para a democracia já que não teria suficiente amadurecimento cultural, social e econômico.[947]

Esse entendimento se funda em uma desconfiança no povo, criando um pressuposto de desenvolvimento cultural, econômico e social para o exercício democrático. Na verdade, o elitismo democrático é flagrantemente contrário à democracia, uma vez que, ao prever condições para o exercício do poder pelo

[947] FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. A democracia possível. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 1-54; FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015, pp. 131-136. Como defende FERREIRA FILHO (FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. A democracia possível. São Paulo: Saraiva, 1972, pp. 31, pp. 38 e pp. 54): “(...) é preciso educar para a democracia, pois a democracia não é forma de governo para qualquer povo, em qualquer momento(...) Ora, essa participação, essencial à democracia, pressupõe um certo desenvolvimento social um certo nível de desenvolvimento econômico. (...) A grande lição dessas percucientes análises é a de que é preciso preparar o homem para a democracia.”

povo, cria o governo de poucos. Os defeitos e méritos do povo são irrelevantes para o processo democrático, uma vez que o governo seria de todos para todos. Ao se negar o direito de participação de todos os cidadãos, em igualdade de condições, o governo não seria de todos, mas seria o governo de uma parte sobre a outra.[948]

Portanto, embora defensável sob a égide da Constituição de 1969, em pleno regime militar antidemocrático, a concepção do elitismo democrático não encontra guarida na Constituição de 1988. A atual Constituição Brasileira refuta expressamente a teoria elitista da democracia, ao estabelecer no artigo 1º, parágrafo único da Lei Fundamental que todo o poder emana do povo e deve ser exercido nos termos fixados pela Constituição, significando que o poder político pertence ao povo e deve ser exercido de acordo com a forma e as condições impostas pela própria Constituição.

A Constituição de 1988, após longo período autoritário, restabeleceu o regime democrático por meio da denominada Constituição Cidadã. O Estado de Direito Social e Democrático, enunciado no preâmbulo e no artigo 1º, tem como fundamento a soberania popular, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (artigo 1º). Pode-se afirmar, assim, que o modelo democrático adotado pela Constituição Brasileira é de uma democracia econômico- social, participativa e

---

[948] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 127-150; ZAGREBELSKY, Gustavo. La crucifixión y la democracia. Tradução Espanhola. Editora Ariel, Barcelona, 1996, p. 105.
A falta de virtude do povo seria irrelevante para o processo democrático. Na sua obra *"La crucifixión y la democracia",* ZAGREBELSKY reconstrói o processo de crucificação de Jesus Cristo, no qual defende que o povo foi manipulado pela elite da época para que fossem alcançados os objetivos almejados por esta. Para tanto, defende uma democracia crítica, em que o povo conserve o poder supremo (embora não ilimitado) e as suas decisões sejam submetidas ao juízo crítico, para o reconhecimento de seus próprios erros. Segundo o ZAGREBELSKY (ZAGREBELSKY, op. cit., p. 105) "(...) a democracia, em geral, e particularmente a democracia crítica, baseia-se em um fator essencial: em que os méritos e defeitos de um são também de todos. Se no valor político essa igualdade é negada, já não teríamos democracia, quer dizer, um governo de todos para todos; teríamos, ao contrário, alguma forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores). (....) Portanto, para a democracia crítica, a autoridade do povo não depende de suas virtudes, ao contrário, desprende-se – é necessário estar de acordo com isso – de uma insuperável falta de algo melhor."
Também tecendo críticas à teoria elitista da democracia: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1411-1413.

pluralista. Pluralista, pois tem como fundamento uma sociedade plural (artigo 1º, inciso IV). Participativa, pois tem como pressuposto a participação popular (artigo 1º, incisos I e II e parágrafo único). E, por fim, preponderantemente econômico- social por ter como finalidade a existência humana digna, conforme os ditames da justiça social (artigo 1º, incisos III e IV e artigo 170).[949]

A Constituição Brasileira adotou os valores de uma sociedade pluralista (preâmbulo) e de um pluralismo político (artigo 1º, inciso V). O ideal do pluralismo denota o respeito à dignidade da pessoa humana, à igualdade e à liberdade, já que garante que a sociedade seja constituída por diversos grupos sociais, compostos por distintas ideologias culturais, políticas, econômicas e sociais. [950] Todas as pessoas possuem uma igual liberdade de valoração e opinião sobre as questões públicas, não é somente o Estado que deve ser plural quanto às visões gerais do mundo, mas também a sociedade deve ser aberta a um pluralismo social de convicções políticas.[951] Esse valor se irradia para toda ordem constitucional e permite qualificar a democracia como pluralista, possibilitando que cada indivíduo de determinado grupo social participe do processo de elaboração das decisões estatais. Por isso, a teoria pluralista e a teoria democrática são convergentes e complementares, representam dois remédios diversos contra o abuso de poder, na medida em que a teoria democrática é um remédio contra o poder tirânico, ao passo que a teoria pluralista combate o poder centrado em uma única concepção ideológica imposta por determinado grupo social ou pessoa, resultando em uma democracia pluralista.[952]

---

[949] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 127-150.

[950] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 127-150; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 1409-1411; AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 264- 268.

[951] AMARAL, Maria Lucia. A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional. Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 264- 268.

[952] BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 98-104; KAUFMANN, Arthur. Filosofia do Direito. Tradução: António Ulisses Cortês, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª Edição, Lisboa, 2014, pp. 444. Segundo KAUFMANN (KAUFMANN, op. cit., 2014, pp. 444) “Nas modernas sociedades humanas existe uma pluralidade de perspectivas, existem diferentes sistemas normativos

Dentre as condições para o pluralismo, estariam um acordo sobre os princípios e práticas essenciais que exprimam a competição pacífica e uma relativa igualdade social.[953] O solidarismo do Estado Social (artigo 3º, inciso I), além de pretender uma justa distribuição das riquezas produzidas pela sociedade, também pressupõe a resolução de conflitos e a integração social, que combatem o individualismo e o antagonismo, responsáveis por destruir o valor pluralista.[954]

Por sua vez, a Constituição adotou a participação popular como pressuposto para a democracia, combinando a representação com a participação direta (artigo 1º, parágrafo único). Diante da insuficiência do instituto da representação como forma de expressão da vontade popular, a Constituição previu mecanismos de participação direta do cidadão na tomada de decisões políticas (artigo 14, incisos I, II e III).[955]

Além do artigo 14, que prevê técnicas de participação direta para tornar efetiva a vontade popular (referendo, plebiscito e iniciativa popular de lei), a Constituição previu a participação popular em órgãos públicos. O artigo 10 garante a participação dos trabalhadores e empregadores nos órgãos públicos colegiados, onde são discutidos seus interesses profissionais ou previdenciários. O artigo 29, incisos XII e XIII, prevê a cooperação das associações representativas no planejamento municipal e a iniciativa popular de projeto de lei de interesse específico do município, da cidade ou de bairros. O artigo 37, §3º prevê o direito do usuário de serviços públicos de participar nas decisões tomadas pela Administração Direta e Indireta. O artigo 187 dispõe sobre a participação na política agrícola. O artigo 216, § 1º garante o direito de participação na proteção do patrimônio público e o artigo 216 -A, inciso X, prevê a democratização dos processos decisórios com a participação e o controle

simultaneamente válidos e há uma multiplicidade de métodos adequados em função do respectivo objeto de investigação."

[953] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 127-150; BOBBIO, Norberto. O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017, pp. 98-104.

[954] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 127-150.

[955] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 127-150.

social no âmbito do Sistema Nacional de Cultura. O artigo 225 assegura o direito de participação na formulação de políticas de defesa do meio ambiente. Já o artigo 103- B, inciso XIII, e o artigo 130-A, inciso VI, asseguram a participação de cidadãos no Conselho Nacional de Justiça e no Conselho Nacional do Ministério Público, respectivamente.

No tocante aos direitos da seguridade social, compreendidos os direitos à saúde, à previdência social e à assistência social, o artigo 194, parágrafo único, inciso VII, prevê o caráter democrático da gestão, com a participação dos empregados, dos empregadores e dos aposentados nos órgãos públicos colegiados. Especificamente quanto ao direito à saúde, em seu artigo 198, inciso III, a Constituição assegura a participação da comunidade na organização do serviço público de saúde. Da mesma forma, o artigo 204, inciso II, dispõe que a formulação de políticas públicas de assistência social deve contar com a participação da população, através de organizações representativas. O artigo 227, § 1º, prevê o direito de participação na assistência à saúde da criança e do adolescente, bem como o artigo 82 do ADCT assegura a participação na gestão do Fundo de Combate à Pobreza.

A Constituição também consagrou o controle social com repercussão jurídica. Os artigos 5º, inciso XXXIII e XXXIV; 31, § 3º e 162 garantem o direito à informação e o direito de petição aos órgãos públicos. O artigo 74, § 2º assegura o direito de provocação do controle externo, exercido pelo Tribunal de Contas, para a apuração de irregularidades ou ilegalidades praticadas pela Administração Pública. Por fim, há previsão do direito de acionar a fiscalização judicial para o controle de atos administrativos, através do mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular (artigo 5º, incisos LXIX, LXXI, LXXII e LXXIII).

Em relação à democracia representativa, a Constituição estabeleceu limites ao exercício do poder de representação. Há previsão de limitação temporal do mandato do Governador (artigo 28), dos Deputados Estaduais (artigo 27), do Prefeito e dos Vereadores (artigo 29, inciso I), do Presidente (artigo 82), dos Deputados e Senadores (artigo 44 e artigo 46, §1º); da impossibilidade do Presidente, Governadores e Prefeitos serem reeleitos por mais de uma vez (artigo 14, §5º); e da inelegibilidade no território de jurisdição

do titular de conjugues e parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente, Governador ou Prefeito (artigo14, § 7º). A Constituição consagrou ainda a possibilidade de previsão de hipóteses de inelegibilidade por meio de lei complementar, com a finalidade de garantir a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do cargo e a legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico e o abuso do poder político (artigo 14, § 9º). Por fim, para o exercício da representação popular, a Constituição estabeleceu diretrizes ético- normativas para Deputados e Senadores (artigos 54 e 55), para Deputados Estaduais (artigo 27, § 1º), para Vereadores (artigo 29, inciso IX) e para o Presidente da República (artigo 85).

Por fim, com o nítido propósito de superar as desigualdades sociais existentes, a Constituição consagrou a democracia econômica e social, ampliando o conteúdo e os espaços sociais onde deve ser aplicado o princípio democrático. Nesse aspecto, a Constituição garante a participação do trabalhador nos lucros ou nos resultados da empresa (artigo 7º, inciso XI, primeira parte), permite a participação do trabalhador na gestão da empresa (artigo 7º, inciso XI, segunda parte), assegura o direito do aposentado de votar e ser votado nas organizações sindicais (artigo 8º, inciso VII), assegura a participação de trabalhadores e empregados nos colegiados de órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão ou deliberação (artigo 10º), garante a eleição de um representante dos empregados, em empresas com mais de duzentos empregados, com a finalidade de promover o entendimento direto com os empregadores (artigo 11), prevê a democratização do acesso aos bens de cultura (artigo 215, § 3º, inciso IV); garante a igualdade entre o homem e a mulher no exercício de direitos e deveres referentes à sociedade conjugal (artigo 226, §5º).

Embora a liberdade e a igualdade sejam pressupostos da democracia e a realidade brasileira seja caracterizada pela desigualdade social, a incapacidade de realização desses valores não significa ausência de democracia. Assim como a democracia, a liberdade e a igualdade são um conceito histórico que devem ser construídos através de uma luta incessante do povo.[956] A democracia é o

[956] SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, pp. 127-150; SILVA, José Afonso da. Democracia e Direitos

instrumento dessa transformação social, por meio do qual o povo deve não só garantir a liberdade, mas também conquistar condições materiais para superar a injustiça social.[957]

Fundamentais. In: Direitos Humanos e Democracia. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, pp. 369-370; MIRANDA, Jorge. O homem e o Estado: direitos do homem e democracia. Interesse Público, São Paulo, ano 1, n. 1, p.79-84, jan./mar. 1999; MIRANDA, Jorge. Justiça Constitucional e Democracia. In: Constitucionalismo e Democracia. Editora Juspodivm, Salvador, 2013, pp. 107-123. Segundo SILVA (SILVA, SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998, p. 136), há uma relação dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático, na qual a democracia aponta para a necessidade de realização dos direitos políticos, que garantem a liberdade. Sem os direitos econômicos e sociais, não seria possível realizar os direitos de liberdade e os direitos políticos.
SILVA (SILVA, op. cit., 2007, pp. 369-370) entende que democracia "(...) não sendo por si um valor- fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo- lhe o conteúdo a cada etapa do evolver social, mantido sempre o princípio básico de que ele revela um regime político em que o poder político repousa na vontade do povo."

[957] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003, pp. 287-330; MIRANDA, Jorge. O homem e o Estado: direitos do homem e democracia. Interesse Público, São Paulo, ano 1, n. 1, jan./mar., 1999, pp.79-84; SILVA, José Afonso da. Democracia e Direitos Fundamentais. In: Direitos Humanos e Democracia. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007, pp. 369-370.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, pretendeu-se defender a socialidade como princípio estruturante no ordenamento constitucional brasileiro, com a respectiva repercussão na concepção do atual Estado de Direito, na fundamentalização dos direitos sociais, na reinterpretação dos tradicionais direitos de liberdade, na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, no surgimento de novos direitos ligados à solidariedade e no desenvolvimento da democracia.

Por meio de uma abordagem histórica, no capítulo primeiro defendeu-se que o princípio da socialidade está intimamente relacionado ao processo histórico de formação da atual concepção de Estado de Direito e do respectivo reconhecimento dos direitos do homem como fundamentais nas Constituições modernas. O Estado de Direito atual resulta, assim, de um entrelaçamento entre o Estado de Direito estrito senso, a democracia e o Estado Social, culminando com uma nova teoria da Constituição fundada no ser humano, enquanto fim em si mesmo e valor fundamental da ordem jurídica.

O início dessa caminhada pode ser remetido à experiência democrática vivenciada na Cidade Grega de Atenas. A conquista democrática pelos cidadãos atenienses, que mais tarde Benjamin Constant caracterizaria como liberdade dos antigos, tinha como fundamento a liberdade dos cidadãos de participar das principais decisões que afetavam a cidade. Embora o embrião dos direitos fundamentais possa ter origem na liberdade pública de participação nas decisões da Cidade, foi no Estado Liberal que o reconhecimento de direitos fundamentais teve um avanço significativo.

No Estado Absoluto os poderes do monarca eram ilimitados, detinha legitimidade para intervir na área econômica, política, social e privada, em nome de um pretenso interesse público, que se confundia com a sua própria vontade. Aos súditos não era reconhecido qualquer direito, seus interesses deveriam sempre ceder perante a vontade do soberano. O desenvolvimento mercantil e o correspondente surgimento de uma nova classe social burguesa contribuíram para o desmantelamento dos privilégios das classes feudais e para a imposição de limites ao poder do monarca. Fundado no interesse preponderantemente econômico da burguesia, foram preestabelecidas regras para contenção dos poderes ilimitados e arbitrários do soberano, resultando em um controle do poder

político através do Direito, de forma a garantir a liberdade, a propriedade e a segurança do indivíduo.

Precisamente nesse ponto, constata-se um passo crucial para a concepção do Estado de Direito, em que a Constituição aparece como instrumento jurídico destinado a organizar e limitar juridicamente o Poder Político Estatal. Como consequência, foram reconhecidos direitos aos cidadãos em face do Estado e estes passaram a ser tutelados por um órgão judicial independente e autônomo. Por meio da garantia da segurança, da liberdade e da propriedade em face de um Estado inimigo, a sociedade e a economia deveriam seguir as leis naturais, sem qualquer intervenção do poder público. Esses direitos, denominados por Benjamin Constant de liberdade dos modernos, impunham um dever de abstenção ao Estado e eram caracterizados como naturais e absolutos, posto que não consideravam o aspecto social e coletivo.

O efetivo exercício da liberdade privada e da liberdade pública dependia da condição de proprietário do indivíduo. Ao burguês- proprietário se destinava o exercício dos direitos de liberdade e grande parte dos assentos no Parlamento. Como este era o representante da Nação, a lei era considerada como sinônimo de liberdade e de justiça. O Poder Executivo, até então, era a maior ameaça aos anseios da classe burguesa, por isso, a lei tinha a importante função de conter arbitrariedades praticadas pela Administração Pública e submetê-las ao crivo do Poder Judiciário, que não podia criticá-la, somente aplicá-la.

O direito era um mero instrumento de manutenção do *status quo*, através de uma nítida separação entre o público e o privado (Estado e sociedade), com a finalidade de preservar a ideologia liberal do livre mercado. Enquanto o direito público regulamentava minuciosamente as ações estatais, por meio do princípio da legalidade, no direito privado os Códigos Civis exaltavam a autonomia privada. Tudo isso conjugado com uma teoria do direito preconizada por um positivismo jurídico formalista, que identificava a lei com a justiça e a tarefa interpretativa com a mera reprodução da letra da lei.

A exploração do trabalho infantil e feminino, a alta taxa de desemprego e as condições desumanas impostas aos trabalhadores, durante o século XIX, atraíram questionamentos sobre a finalidade do Estado e a sua relação com a sociedade. A crença de que uma lei natural regeria harmoniosamente as

relações econômicas e sociais não se compadeceu com a miséria e a crise que assolavam a sociedade capitalista burguesa. Tanto a Teoria Social da Igreja como a doutrina socialista reivindicavam uma maior intervenção estatal na economia e na sociedade. Com base nessas novas ideologias, os direitos sociais e econômicos foram constitucionalizados, tendo como marco histórico a Constituição do México de 1917, a Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da Rússia de 1918 e a Constituição Alemã de 1919. Com a pretensão de uma ordem social mais justa e solidária, esses novos direitos deveriam ser realizados através do Estado, não mais contra o Estado inimigo como outrora os direitos previstos no Estado Liberal.

Ao passo que o marxismo defendia a revolução e a ditadura do proletariado como forma de promover a justiça social, no Estado Social deveriam ser assegurados os direitos de liberdade e o princípio democrático, em que a justiça social deveria ser conquistada na arena democrática, em um autêntico Estado de Direito Social e Democrático. O Estado Social das democracias, da segunda metade do Século XX, embora aceitasse o dirigismo estatal, este seria imposto de baixo para cima, através do consentimento democrático da sociedade, preservando o fundamento capitalista.

Como consequência do pensamento individualista propagado pelo Estado Liberal até fins do século XIX, acreditava-se que a pobreza derivava de fatores pessoais, sendo um resultado de um desajustamento ou de uma patologia do indivíduo. Os pobres eram aqueles que não tinham capacidade física ou moral, não possuíam motivação ou tinham capacidade abaixo da média, ou seja, a pobreza era considerada um reflexo do talento e do esforço pessoal. A partir do surgimento do Estado Social, passou-se a compreender que as causas da pobreza seriam os fatores sociais, que seriam responsáveis por gerar a desigualdade social, com quadros de riqueza e de pobreza extremas. A redução da pobreza necessitaria de medidas políticas intervencionistas, com vistas a uma distribuição mais equitativa dos recursos entre os membros que compõem as classes sociais.

Constatou-se ainda que a mera legalidade do Estado de Direito Liberal não foi capaz de preencher a legitimidade exigida pelas aspirações sociais, que ansiavam por uma concepção material para o Estado de Direito, ligada ao ideal

da justiça. O Estado passou a desempenhar um papel importante no processo econômico e na redistribuição social da riqueza, em que sua finalidade já não era uma igualdade perante a lei, mas a igualdade material e a justiça social, inclusive para que a igualdade e a liberdade jurídicas não fossem fórmulas vazias, como se deu no Estado de Direito Liberal.

No Estado Social também se reconheceu uma maior participação social na decisão política estatal, com o reconhecimento de liberdades públicas à classe operária através do alargamento do sufrágio e da sua presença nos Parlamentos para defesa de suas reivindicações. Em oposição ao governo representativo clássico burguês do Estado Liberal, o Estado Social propiciou o desenvolvimento da perspectiva democrática, com fundamento na soberania popular. Além do aumento do número de participantes no procedimento de formação da decisão estatal, a democracia foi difundida para todas as áreas da vida em sociedade. No Estado Social, a sociedade passou a importar mais que o Estado e os objetivos do poder público e do cidadão convergiam para um mesmo fim, consubstanciado na concretização dos direitos, princípios e valores constitucionais, que permitiam ao homem ser livre, igualitário e fraterno. A responsabilidade pela concretização da liberdade, da igualdade e da fraternidade seria de toda a sociedade, não só do Estado.

Com isso, no segundo capítulo, por meio de um estudo das normas de direito internacional e de outros ordenamentos jurídico-constitucionais, demonstrou-se que o princípio do Estado Social teve disseminação no período pós-guerras. Tanto em nível internacional como interno houve uma grande preocupação com os efeitos provocados pelo sistema capitalista e com as atrocidades praticadas durante a segunda guerra mundial. Havia a necessidade do estabelecimento de instrumentos jurídicos eficazes para a proteção do ser humano quanto aos seus direitos civis, por meio da garantia de direitos de liberdade; aos seus direitos políticos, para assegurar o princípio democrático e afastar o fantasma dos regimes totalitários; e aos seus direitos sociais, para suprir as carências socioeconômicas da pessoa humana.

No âmbito do direito internacional, os direitos fundamentais foram assegurados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e, posteriormente, no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional dos

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. No plano dos Estados Nacionais, a proteção às necessidades sociais e econômicas do ser humano foi conferida de acordo com o ordenamento jurídico de cada país. Embora haja distinção quanto às prestações sociais que cada Estado obrigou- se constitucionalmente a proporcionar aos seus cidadãos, não se pode conceber um Estado de Direito na atualidade sem o respectivo caráter social, mesmo em Estados fortemente marcados pela ideologia liberal.

Nesse sentido, embora a Constituição norte-americana tenha natureza liberal, principalmente após a Grande Depressão e a segunda grande guerra, houve uma preocupação em assegurar um mínimo de prestações estatais. No que se denominou "*The Second Bill of Rights"*, inúmeros direitos sociais encontraram previsão em Constituições Estaduais e em leis federais, como forma de assegurar a liberdade, a igualdade e a felicidade do cidadão norte-americano.

O debate que surgiu no cenário político norte-americano, desde o *New Deal*, entre os defensores de uma economia de mercado e aqueles que propõem um Estado de bem-estar social, reflete no meio jurídico a divisão entre os liberais libertários e os liberais igualitaristas. Os liberais libertários argumentam que a ajuda às pessoas mais carentes da sociedade não é uma questão de direito, mas sim uma questão de caridade, enquanto os liberais igualitaristas, baseados no princípio da diferença defendido por Rawls, alegam que não se pode exercer as liberdades civis e políticas sem que sejam atendidas as necessidades sociais e econômicas básicas. Para os igualitaristas, cabe ao governo garantir a cada indivíduo um nível mínimo de bens sociais, como saúde, educação, habitação, rendimento, dentre outros.

Como defende Rawls, o princípio da liberdade deve ser reconhecido na Constituição e o princípio da diferença, responsável pela promoção da justiça social, deve ter previsão em nível da legislação infraconstitucional. Os recursos devem ser redistribuídos de acordo com as decisões políticas da maioria e somente um mínimo social deve ser garantido constitucionalmente, como forma de assegurar as liberdades básicas. Através da adoção do princípio da igualdade democrática, que serve de base para o princípio da diferença, seria justo o tratamento social e econômico desigual quando utilizado em benefício dos membros mais carentes da sociedade.

Em âmbito jurisprudencial, a realidade provocada pela Grande Depressão e o *New Deal* proposto pelo presidente Franklin Roosevelt constituíram importantes fatores de declínio do entendimento consubstanciado na *Era Lochner,* marcada por decisões da Suprema Corte que invalidavam leis de caráter social e econômico, responsáveis por restringir a liberdade contratual e a propriedade. Como resultado, constatou-se uma maior autocontenção judicial quanto às leis sociais e econômicas, a intromissão estatal na economia e na sociedade deixou de ser entendida como uma afronta à liberdade individual para passar a ser compreendida como um meio justo e racional para combater a subjugação do ser humano ao poder econômico. A autocontenção judicial e a intromissão estatal na área social e econômica importaram no reconhecimento de obrigações positivas ao Estado Norte Americano, com fundamento na cláusula constitucional da igual proteção, notadamente quando estivessem envolvidas as necessidades humanas básicas, como comida, saúde, moradia e educação.

Na Constituição Alemã, o princípio do Estado Social foi consagrado expressamente, no entanto, salvo raras exceções (direito da mãe ao apoio social), não há previsão explícita de direitos sociais. Por conta disso, há uma discussão na doutrina sobre em que medida podem ser incorporados os elementos sociais do Estado Social ao Estado de Direito, sem que este perca suas características constitucionais essenciais.

Segundo parcela da doutrina alemã, não se nega a necessidade da adoção do Estado Social, aduz-se somente que devem ser mantidas as condições do Estado de Direito em nível constitucional, através da garantia jurídico-constitucional da liberdade, da igualdade jurídica e da propriedade. A concretização do Estado Social não poderia ser realizada pelo Poder Constituinte, seria uma tarefa a ser implementada pelo legislador, uma vez que atribuir o caráter de imediaticidade, imodificabilidade e executabilidade às normas que se refiram a prestações sociais atentaria contra as próprias garantias do Estado de Direito.

Os argumentos favoráveis à consideração dos direitos sociais como fundamentais seriam baseados na garantia da igualdade fática e da liberdade fática. Por sua vez, os argumentos contrários seriam de ordem formal e substancial. Nos termos da objeção formal, se os direitos fundamentais sociais

fossem vinculantes haveria o deslocamento da decisão sobre a política social da esfera parlamentar para o Tribunal Constitucional. Caso se entendesse que os direitos fundamentais sociais não sejam vinculantes, haveria a violação da cláusula de vinculação prevista no artigo 1º, §3º da Constituição Alemã. Os argumentos contrários fundam-se ainda na indeterminabilidade do conteúdo dos direitos sociais, na competência do legislador democrático decidir sobre a delimitação do seu conteúdo e sobre a alocação dos recursos disponíveis. O argumento substancial contrário aos direitos fundamentais sociais seria baseado na liberdade, já que frequentemente a realização do direito fundamental social depende da imposição de limites aos direitos de liberdade.

Levando em consideração os argumentos formais e substanciais em contrário, Alexy propõe um modelo baseado no sopesamento. O direito *prima facie* à liberdade fática seria muito mais amplo que o direito em definitivo, bem como teria um caráter vinculante que o diferenciaria de um simples enunciado programático. O indivíduo teria o direito definitivo à prestação quando o princípio da liberdade fática detivesse um peso maior que os princípios materiais e formais colidentes. Como a cláusula de restrição não poderia esvaziar a liberdade fática, ao menos deveriam ser assegurados direitos sociais mínimos como direito definitivo, como por exemplo, o mínimo existencial, moradia simples, educação fundamental e média, educação profissionalizante e um patamar mínimo de assistência à saúde.

Ao contrário da concepção maximalista defendida por Alexy, para a concepção minimalista da doutrina alemã somente haveria o direito subjetivo a um conteúdo mínimo do direito social, tudo que sobrepusesse esse limite dependeria da intermediação do legislador democrático. O direito ao mínimo existencial seria denominado de direito originário à prestação, uma vez que garantido diretamente pela Constituição por meio do princípio do Estado Social, da dignidade da pessoa humana e da igualdade fática. Por outro lado, os direitos derivados à prestação seriam os direitos criados pelo Legislador, garantidos por meio da doutrina da proibição do retrocesso.

Por seu desenvolvimento, coerência e solidez, o estudo dos direitos fundamentais da doutrina alemã influenciou diversos países, entretanto a adoção dos conceitos da doutrina alemã deve ser feita com temperamentos nos países que já preveem direitos sociais em sua Constituição, uma vez que perde sentido

todo o esforço da doutrina alemã em conferir garantia ao direito social como direito fundamental, principalmente em face do legislador, quando estes direitos já têm previsão constitucional. Por conta disso, os ensinamentos da doutrina alemã devem ser adotados com adaptações pela doutrina brasileira sob pena de haver uma interpretação descompromissada com a Constituição.

Em Portugal, optou-se por adotar o princípio do Estado Social e por prever expressamente os direitos sociais na Constituição, no entanto a doutrina portuguesa controverte sobre qual seria o regime jurídico aplicável aos direitos sociais. Uma vertente tradicional defende que não seria aplicável o mesmo regime jurídico dos direitos, liberdades e garantias aos direitos sociais, enquanto outra entende pela aplicação do mesmo regime jurídico. Nos últimos anos, com base em uma interpretação literal da Constituição, o Tribunal Constitucional Português tem adotado o entendimento de que os direitos sociais, econômicos e culturais são regidos por um regime jurídico distinto dos direitos, liberdades e garantias.

Embora a doutrina constitucional portuguesa tenha sempre sido referência para a compreensão dos institutos no ordenamento jurídico- constitucional brasileiro, deve ser levada em conta a diferente realidade constitucional. Enquanto há discussão sobre o regime aplicável aos direitos sociais no âmbito português, o artigo 5º, § 1º da Constituição Brasileira deixa claro que os direitos de liberdade e os direitos sociais devem estar submetidos ao mesmo regime jurídico.

A Constituição da África do Sul também previu o princípio da socialidade e os direitos sociais. Estabelece que a eficácia do direito fundamental está condicionada à natureza do direito e à obrigação imposta ao Estado (artigo 8º, 2), que o Poder Público tem o dever de respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais (artigo 7º, 2) e quanto aos direitos sociais há necessidade de observância de uma realização progressiva e razoável, através de medidas legislativas e dos recursos disponíveis.

Em decorrência dessa classificação adotada na Constituição, estaria prevista uma cláusula geral de limitação (Capítulo 2, seção 36), incidente sobre os direitos de liberdade e os direitos sociais, por meio da qual seria admissível a restrição ao direito fundamental para que fosse resguardado outro direito ou bem digno de proteção. Além da cláusula geral de limitação, quanto aos direitos

sociais na sua dimensão positiva estaria prevista a cláusula interna de limitação, que impõe que tais direitos devem estar condicionados à existência de recursos e à realização progressiva (artigos 26, 27 e 29). Ao diferenciar justiciabilidade e concretização, a doutrina entende que os direitos sociais prestacionais poderiam ser reclamados judicialmente, mas não seriam passíveis de concretização por meio de decisão judicial.

No julgamento '*In re: Certification of the South African Constitution'*, a Corte Constitucional Sul Africana foi chamada a decidir sobre a interpretação e vinculatividade dos direitos fundamentais. Restou consignado na decisão que os direitos sociais seriam dotados de um mínimo de justiciabilidade, mas não poderiam ser implementados por decisão judicial. A jurisprudência da Corte Constitucional Sul Africana contribuiu de forma significativa para a construção de uma dogmática acerca da vinculatividade dos direitos sociais.

Em que pese a previsão do princípio da socialidade nas Constituições modernas, constatou-se uma diferença de grau em sua concretização, portanto, o objetivo do terceiro capítulo foi delimitar o seu conteúdo na Constituição Brasileira, como modelo de justiça social e princípio constitucional estruturante.

Alguns autores preferem denominar o Estado Brasileiro de pós-social, que se caracterizaria por um Estado subsidiário, em que as atividades econômicas de serviços essenciais são desenvolvidas pela iniciativa privada, muitas vezes em parceria com o setor público. Entretanto, em que pesem todas as reformas Constitucionais e legais de promoção de uma política de diminuição do tamanho do Estado, o Brasil ainda continua sendo um Estado de cunho social, com o compromisso com a justiça social. Portanto, a interpretação das normas e a resolução das questões constitucionais devem ser enfrentadas sob a ótica de uma Constituição de Estado Social, refratária ao individualismo e defensora de uma intervenção estatal na área econômica e social.

Embora a natureza social do Estado não esteja prevista no *caput* do artigo 1º, o princípio da socialidade é indissociável do Estado Democrático de Direito, um Estado de Direito somente se consolida quando haja um entrelaçamento entre as instituições democráticas, as políticas estatais de promoção da justiça social e o respeito às liberdades individuais. Com isso, a previsão do princípio da socialidade na Constituição Brasileira importou em uma nova concepção do Estado de Direito, na fundamentalização dos direitos sociais, na aplicação dos

direitos fundamentais às relações privadas, na reinterpretação dos tradicionais direitos de liberdade, no surgimento de novos direitos conectados à solidariedade e no alargamento da perspectiva democrática.

A nova concepção do Estado de Direito foi objeto do capítulo quarto. Como princípios estruturantes da Constituição Brasileira, o Estado de Direito, a democracia e a socialidade conferem a sua natureza e essência. O processo histórico de sedimentação do Estado de Direito Democrático e Social e sua previsão na Constituição importa que haja um vetor comum no qual se confluem. Dentre os objetivos comuns estão a garantia e a promoção dos direitos fundamentais, na medida em que a igualdade e a liberdade são condições constitutivas da democracia e garantias do Estado de Direito.

O conteúdo do princípio do Estado Social e a sua relação com os demais princípios estruturantes depende do modelo a ser adotado. Interpretando a Constituição Alemã sob uma perspectiva liberal, certa doutrina entende que a previsão do Estado Social na Constituição importa no estabelecimento de um determinado fim ao Estado. Por conta disso, entre a democracia e o Estado Social não existiria uma relação de limitação recíproca, mas sim uma relação de impulso e apoio por parte da democracia em prol do Estado Social. Nesse modelo, a Constituição deve realizar uma separação entre a esfera de uma sociedade econômica e a esfera estatal, que tem como objetivo o bem comum. Na sociedade econômica os indivíduos devem buscar sua felicidade e seus interesses de forma autônoma e privada, sem interferência do Estado, enquanto o bem comum deve ser alcançado pelas tarefas e objetivos do Estado e é entregue ao campo político. Portanto, a Constituição do Estado de Direito Democrático deveria ter a preocupação primária de proteger o indivíduo na sua relação com o Estado, uma vez que as relações horizontais entre pessoas privadas não possuem relevância para a Constituição.

De acordo com essa perspectiva liberal, somente seriam direitos fundamentais os direitos de defesa, nos quais o cidadão seria dotado de uma pretensão de exigir que o Estado não intervenha na sua esfera jurídica, assegurada através de uma norma constitucional imediatamente aplicável. Não seriam reconhecidos como direitos fundamentais aqueles qualificados como direitos à participação em prestações sociais, uma vez que, embora o legislador tenha que cumprir o encargo previsto na cláusula do Estado Social, não existe

qualquer mandamento constitucional que imponha diretrizes para tanto, por isso, não resulta em qualquer pretensão individual a ser exigida judicialmente. Como consequência, há uma evidente limitação da função jurisdicional, com a adoção de um modelo liberal de separação de poderes, em que há uma conexão estrita do Executivo e do Judiciário à lei. Por meio da adoção de uma teoria positivista clássica, as decisões judiciais constituem um agir orientado pelo passado, com base na legislação produzida pelo parlamento, ao passo que as decisões do legislador democrático são orientadas para o agir futuro.

Em sentido contrário, ainda no âmbito da doutrina alemã, defende-se que o princípio da socialidade constitui programas claramente delineados, incluindo objetivos políticos e uma fundamentação em princípios, resultando na materialização da ordem jurídico-constitucional. Com a mudança de paradigma para o Estado Social, foi atribuída validade aos conteúdos jurídicos objetivos dos direitos subjetivos de liberdade. Com isso, o sistema de direitos fundamentais passou a constituir parâmetro para todo o ordenamento jurídico, significando que o direito deve proteger o cidadão não apenas em face do poder administrativo, mas também contra o poder social das grandes organizações. Por sua vez, os direitos fundamentais sociais não seriam destinados somente a garantir as condições de vida necessárias ao exercício, em igualdade de oportunidades, dos direitos de liberdade privados e dos direitos políticos dos cidadãos. A assistência prestada pelo Estado não se esgota em sua função de produzir ou restabelecer a autonomia privada ou a autonomia pública, há um valor intrínseco que aponta para obrigações positivas, em que a comunidade política manifesta apoio às políticas assistenciais e programas de auxílio, através de um sentimento de solidariedade. Do ponto de vista normativo, os direitos sociais asseguram pretensões a uma participação justa na riqueza social.

Com maior razão, o modelo liberal não pode ser transposto para o ordenamento jurídico- constitucional brasileiro. Isto porque, por conta da consagração do Estado Social como princípio estruturante e de direitos sociais com a natureza jusfundamental, não se pode conceber que os direitos fundamentais sejam somente direitos de defesa, uma vez que a Constituição Brasileira expressamente assegura direitos fundamentais prestacionais. Em consequência, os direitos sociais previstos na Constituição Brasileira não podem ser interpretados como mera condição para o exercício da autonomia privada e

da autonomia pública, há um projeto constitucional mais ambicioso em que se objetiva a redução das desigualdades e das injustiças sociais, por meio da garantia a uma justa participação na riqueza produzida pela sociedade.

Dessa forma, as próprias normas de direitos sociais representam limites jurídicos para a atuação do legislador, como autênticos trunfos contra a maioria. Embora haja maior dependência da atuação do legislador democrático para a concretização dos direitos sociais, notadamente quando comparados com os tradicionais direitos de liberdade, a legitimidade dos atos da maioria encontra seus parâmetros nas normas de direitos sociais. Por outo lado, em razão da previsão do Estado Social e da respectiva materialização do ordenamento jurídico, os direitos fundamentais estão destinados constitucionalmente a proteger tanto o cidadão em face do Estado como também contra o poder econômico nas relações horizontais.

A dignidade da pessoa humana confere uma concepção valorativa material ao Estado de Direito, direcionando a atuação do legislador democrático e impondo que a respectiva concretização do Estado Social somente adquira sentido quando vinculada a esse meta princípio. Nesse aspecto, as próprias garantias jurídico- formais do Estado de Direito devem se amoldar a esse novo valor. Além disso, a dignidade da pessoa humana deve funcionar não só como limite à restrição estatal, mas também como seu fundamento. Como garantia do núcleo essencial do direito fundamental ou como limites aos limites, não se pode permitir que os atos estatais aniquilem aspectos da dignidade da pessoa humana conectados com a liberdade. Por outro lado, para a promoção da justiça social, a dignidade da pessoa humana pode constituir fundamento para imposição de uma restrição a um direito individual.

Embora os direitos sociais tenham adquirido a natureza formal e material de direito fundamental, conforme abordado no capitulo quinto, ainda existe na doutrina quem lhes negue essa característica em sua plenitude, principalmente por meio de uma comparação com os tradicionais direitos de liberdade. Algumas objeções são apresentadas para que os direitos sociais não sejam tratados como verdadeiros direitos fundamentais, consistem basicamente na alegação de indeterminação do seu conteúdo, de necessidade de recursos para sua efetivação e de necessidade de intermediação legislativa para que tenham plena eficácia.

A questão da indeterminação do conteúdo do direito social à nível constitucional está conectada com a sua caracterização como direito dependente da atuação do legislador, considerando a sua estrutura positiva e a sujeição à reserva do possível, para se concluir pela falta de vinculatividade jurídica dos direitos sociais no plano constitucional.

Não se pode negar que na principal dimensão os direitos de liberdade e sociais possuem distinções quanto à determinabilidade do conteúdo. Os direitos de liberdade são juridicamente determinados ou determináveis no plano constitucional, consequentemente, podem ser exigíveis e há uma maior fiscalização judicial. Por outro lado, existe uma indeterminação do conteúdo dos direitos sociais à nível constitucional, por se tratar de uma característica natural dessa espécie de direito, que depende da intermediação do legislador para ser plenamente exigível.

Todavia, quando analisadas especificamente as faculdades, garantias e direitos que compõem o direito como um todo, não existem diferenças sensíveis entre direitos de liberdade e sociais. Diante de uma posição jurídica subjetiva, tanto direitos de liberdade como direitos sociais podem estar sujeitos às opções políticas e à disponibilidade de recursos. Mesmo na dimensão principal, não haverá diferença quando o legislador ordinário concretizar o direito social, uma vez que o direito social poderá estar mais determinado inclusive que os direitos de liberdade previstos na Constituição. Dessa forma, ainda que exista diferença entre direitos de liberdade e direitos sociais quanto à sua principal dimensão, a indeterminabilidade do conteúdo não justifica uma ausência de relevância jurídica constitucional aos direitos sociais, enquanto direito fundamental.

Ainda conectado com a questão da determinação do conteúdo do direito social, há a objeção de que os direitos sociais dependeriam de recursos para que pudessem ser implementados, enquanto aos direitos de liberdade não haveria tal necessidade. Entretanto, esse argumento financeiro não pode ser aceito para se conferir uma menor garantia ao direito social, uma vez que, diante da posição jurídica subjetiva, a necessidade de recursos incide sobre todos os direitos fundamentais na sua dimensão positiva.

Outro argumento para enfraquecer a natureza jusfundamental dos direitos sociais seria de que os mesmos não são verdadeiros trunfos contra a maioria, já que dependem do legislador democrático para que possam ter eficácia. Em que

pese essa maior relação de dependência dos direitos sociais com o legislador democrático, quando o Poder Constituinte decidiu por prever os direitos sociais como fundamentais, automaticamente lhes foi conferida a natureza jurídica de garantia constitucional em face dos Poderes Constituídos. Em um Estado de Direito, os atos praticados pelo legislador democrático que afetem o direito social devem ser submetidos ao crivo do Judiciário para que seja avaliada a sua legitimidade.

Outrossim, diante da força normativa constitucional e do caráter jusfundamental do direito social, não se mostra adequado o seu enquadramento em meras normas programáticas, de eficácia limitada e dependente de intermediação legislativa. Portanto, os direitos sociais constituem autênticos direitos subjetivos, em que a vinculatividade jurídica e a justiciabilidade estão subordinadas de forma preponderante à técnica de positivação e à posição jurídica subjetiva.

A norma do artigo 5º, §1º da Constituição impõe um mesmo regime jurídico para os direitos de liberdade e os direitos sociais. Para tanto, dispõe que as normas de direitos fundamentais têm aplicação imediata, dessa forma, deve ser entendida como sendo um mandado de otimização, permitindo que se extraia do enunciado normativo que prevê o direito social a máxima eficácia possível. Com isso, de acordo com a posição jurídica subjetiva, pode ser possível extrair uma eficácia à norma de direito social capaz de assegurar uma pretensão subjetiva. Nesse sentido, tanto os direitos de liberdade como os direitos sociais detêm uma dimensão positiva e outra negativa, quando analisada a posição jurídica subjetiva em concreto. Na dimensão negativa, a alta densidade normativa permite a determinação do conteúdo do direito social resguardado, com ampla vinculatividade e justiciabilidade.

Por outro lado, mesmo que se trate de um dever de atuação do Poder Público, condizente com a dimensão positiva do direito social, o seu conteúdo passa a ser plenamente determinado a partir do momento em que o legislador tenha elaborado a norma infraconstitucional de concretização do direito.

Da mesma forma, ainda que diante da dimensão positiva, há vinculatividade plena dos direitos sociais quando a respectiva norma estiver prevista em um formato de regra constitucional. Como o direito fundamental está previsto em formato de regra, decisão objetiva e determinada do Poder

Constituinte, o conteúdo do direito já está previamente fixado e os poderes constituídos não possuem escolhas.

Mesmo no que diz respeito à falta de determinação do conteúdo do direito social na sua dimensão positiva, embora *a partida* o direito social esteja condicionado à existência de recursos e às escolhas da maioria, deve-se reconhecer um conteúdo mínimo do direito social a ser extraído diretamente da norma constitucional.

Outra implicação da consagração do princípio da socialidade na Constituição Brasileira é a aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações particulares e a reinterpretação dos institutos de direito privado, abordadas no capítulo sexto. No Estado Liberal havia um total isolamento entre a sociedade e o Estado, bem como entre o direito privado e o direito público. Enquanto a Constituição era o documento jurídico responsável por regular as relações entre Estado e cidadão, o Código Civil desempenhava a função de garantir a autonomia privada nas relações particulares havidas na sociedade civil.

No Estado Social, os próprios direitos fundamentais deixaram de ser exercidos exclusivamente em face do Estado para também serem exercidos por meio do Estado, o que caracteriza a mudança de uma postura abstencionista estatal para um comportamento de proteção e promoção dos direitos fundamentais. Com o disciplinamento das relações econômicas e sociais pela Constituição, o Código Civil perdeu a centralidade do sistema, possibilitando que a Constituição assumisse o papel de fonte unificadora e houvesse a mitigação entre direito público e direito privado. Não só os institutos de direito privado ganharam regulamento na Constituição, mas também as próprias normas privadas deviam ser interpretadas e harmonizadas com os princípios da Constituição.

Por meio dessa mudança de paradigma, a nova carga axiológica derivada dos direitos fundamentais não se direciona mais apenas ao Estado, mas também vincula toda a comunidade, com isso, os direitos fundamentais, que somente eram dotados de efeitos verticais perante o Estado, também passam a gozar de efeitos externos ou efeitos horizontais perante particulares.

Embora a Constituição Brasileira não adote uma posição expressa quanto à aplicação das normas de direitos fundamentais nas relações privadas, existem

normas que são diretamente aplicáveis em face de particulares (artigo 5º, inciso V; artigo 7º, inciso VII; artigo 7º, inciso VIII; artigo 8º, inciso V). Por outro lado, a aplicação das normas constitucionais não pode ser destacada da realidade social brasileira, mas deve ser instrumento de implementação dos valores e diretrizes previstos na Constituição, voltados para a promoção da igualdade social e da dignidade da pessoa humana, notadamente em um país historicamente caracterizado pela injustiça social. A aplicação das normas de direitos fundamentais deve ter o compromisso de mudança do *status quo,* também nas relações privadas, onde se materializam as opressões sobre os mais vulneráveis.

Não há que se falar em violação do princípio da autonomia da vontade, uma vez que não existe liberdade onde não impera uma mínima igualdade material. Muitas relações privadas envolvem relações de poder, o que obsta o exercício pleno da liberdade de contratar. Mesmo nas relações privadas entre iguais, deve-se admitir a aplicação direta das normas de direitos fundamentais, em detrimento da autonomia de vontade, sempre que se tratar da defesa de direitos fundamentais do cidadão que estejam intimamente conectados com a dignidade da pessoa humana. Essa aplicação direta das normas de direitos fundamentais nas relações privadas diz respeito tanto aos direitos de liberdade como aos direitos sociais e econômicos e aos direitos políticos.

Embora a tese predominante na jurisprudência e na doutrina brasileiras seja da aplicação direta, não se pode desprezar que os valores consubstanciados nos direitos fundamentais também servem de diretriz para a interpretação e aplicação das normas infraconstitucionais de direito privado.

A consagração do princípio da socialidade na Constituição impõe que os tradicionais direitos de liberdade passem a ser reinterpretados e condicionados ao atendimento de um aspecto social. Ao passo que no Estado Liberal a liberdade exercida pelos sujeitos de direito privado somente encontrava seus limites na regulação natural do próprio mercado, no Estado Social os tradicionais direitos de liberdade passam por uma materialização, que tem como objetivo corrigir a desigualdade causada pelo poder econômico. Dessa forma, os institutos de direitos privado passam por uma socialização, com vistas à construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I da CRFB).

Para tanto, devem atender a uma função social, que somente é cumprida quando atendidos os interesses econômicos e sociais da comunidade.

O surgimento de novos direitos fundamentais ligados à solidariedade também remete ao princípio da socialidade, como restou demonstrado no capítulo sétimo. Os direitos de solidariedade decorrem de novas reivindicações do ser humano, decorrentes principalmente do impacto tecnológico, da autodeterminação dos povos, do anseio pela paz e fim das guerras e de um meio ambiente equilibrado. Enquanto indivíduo pertencente ao grupo social, a qualidade de vida almejada somente pode ser alcançada por meio do exercício de direitos de titularidade coletiva ou difusa, conjugando esforços para a construção de um mundo melhor, mais justo e menos desigual, tendo como fundamento a solidariedade (ou como preferem alguns a fraternidade).

Após as grandes guerras, a solidariedade adquiriu um caráter difuso, não mais restrita a determinada classe social. Não há somente a preocupação com o proletariado explorado ou desfavorecido socialmente, agora há um dever de cooperação para a resolução de questões gerais de grande relevância para o gênero humano, que afetam toda a sociedade. O valor da solidariedade seria ínsito ao novo Estado Social e foi adotado expressamente pelo artigo 3º, inciso I, ao estabelecer como objetivo da República Brasileira a constituição de uma sociedade solidária. Como resultado, direitos coletivos e difusos foram consagrados expressamente na Constituição.

Por fim, como mencionado no capítulo oitavo, a expansão da concepção democrática também decorre da consagração do princípio da socialidade. Os direitos políticos no Estado Liberal estavam atrelados aos principais valores que se desejava garantir, por isso, considerava-se cidadão aquele que detinha propriedade, o sufrágio era censitário e excluía a grande maioria da população do processo de formação da vontade do Estado. O próprio conceito de Nação, como poder soberano e base de legitimação do sistema representativo, identificava- se com o Terceiro Estado, ou seja, a burguesia revolucionária. Daí porque no Estado Liberal não se possa falar em democracia propriamente dita, mas em governo representativo.

Com o Estado Social, a massa de trabalhadores conquistou o direito de voto e o direito de ter representantes no Parlamento para a defesa de seus

interesses. Posteriormente, esse direito foi estendido para mulheres, negros e outras minorias, fazendo com que a decisão acerca dos rumos da sociedade deixasse de ser tomada somente por aqueles que detinham posses para pertencer à base social. Com isso, a democracia constituiu o regime político fundado na soberania popular, em que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes ou diretamente.

O modelo democrático adotado pela Constituição Brasileira é de uma democracia social, participativa e pluralista. Participativa, pois tem como pressuposto a participação popular. Pluralista, pois é condicionada por uma sociedade constituída de distintas ideologias. E, por fim, preponderantemente social uma vez que o princípio da socialidade impõe valores a serem atingidos através do processo democrático.

Dessa forma, deve-se dotar a democracia representativa de instrumentos que possibilitem a maior participação popular. Os representantes devem ser submetidos à legitimação através de um processo aberto de formação da vontade democrática, bem como devem estar vinculados a responsabilidades, sujeitos aos controles democráticos e os cidadãos devem poder se reconhecer nas atuações dos órgãos de direção, como aquilo que desejam e que entendem correto.

Através da aproximação entre Estado e cidadão, por meio da efetivação das normas constitucionais, deve-se fortalecer o papel do indivíduo nas decisões estatais, como forma de se criar mecanismos de inclusão social frente ao processo de exclusão gerado pela globalização. Deve ser garantido o direito da minoria de efetivamente fazer com que seus interesses sejam tomados em consideração, como forma de superar o individualismo em prol da construção de uma vontade comum ou geral. Sob a inspiração da solidariedade, exige-se que a tomada de decisões leve em conta as diferenças havidas na sociedade, sejam econômicas, sociais, religiosas ou culturais, em que todo cidadão é constituído de um direito e dever de gestão partilhada de recursos, com o compromisso de garantir os bens e serviços essenciais para a presente e para as futuras gerações. Nestes termos, a democracia pressupõe o estabelecimento de um diálogo direto entre governantes e governados, através da aproximação do Estado com a sociedade, em que seja assegurado ao cidadão instrumentos de

participação. Por outro lado, deve-se ainda ampliar os espaços em que seja possível a participação no processo de tomada de decisões.

Portanto, em conclusão, a consagração na Constituição Brasileira do Estado Social como princípio estruturante, teve reflexo na concepção do atual Estado de Direito, na fundamentalização dos direitos sociais, na reinterpretação dos tradicionais direitos de liberdade, na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, no surgimento de novos direitos ligados à solidariedade e no desenvolvimento da democracia, tendo como fim o cumprimento da promessa constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, inciso I da Constituição).

BIBLIOGRAFIA

ABENDROTH, Wolfgang. *Sociedad Antagonica y Democracia Política*. Ediciones Grijalbo, Barcelona- México, 1973

ABENDROTH, Wolfgang. *Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechstaats im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*. In: NFS Bergstraesser, 1954.

AGRA, Walber de Moura. *Direitos Sociais. Tratado de Direito Constitucional.* Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012.

ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa de 1976*. Vol. II, Ed. Almedina, Coimbra, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais: introdução geral*. 2ª Ed. Princípia Editora, Cascais, 2011.

ALEXANDRINO, José de Melo. *A indivisibilidade dos direitos do homem à luz da dogmática constitucional. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Jurisprudência da crise. Das questões prévias às perplexidades*. *In:* AAVV, *O Tribunal e a crise*, Coimbra, 2014.

ALEXY, Robert. *A fórmula peso. In*: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015.

ALEXY, Robert. *Certeza Jurídica e correção. In: Boletim da Faculdade de Direito*, V. LXXXVIII, T. II, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

ALEXY, Robert. *Colisão de Direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito social. In*: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015.

ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. *In: Fundación Coloquio Jurídico Europeo*, Madri, 2007.

ALEXY, Robert. *Direito Constitucional e Direito Ordinário – jurisdição constitucional e jurisdição especializada. In*: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015.

ALEXY, Robert. *Direitos Constitucionais e Fiscalização de Constitucionalidade. In: Boletim da Faculdade de Direito*, V. LXXXVIII, T. II, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. In*: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015.

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais, ponderação e racionalidade. In*: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015.

ALEXY, Robert. *Minha filosofia do direito: a institucionalização da razão. In*: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015.

ALEXY, Robert. *Ponderação, jurisdição constitucional e representação. In*: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015.

ALEXY, Robert. *Sobre o desenvolvimento dos direitos do homem e fundamentais na Alemanha. In*: Constitucionalismo Discursivo. Tradução Luís Afonso Heck. Editora Livraria do Advogado, 4ª Edição, Porto Alegre, 2015.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. Malheiros, São Paulo, 2012.

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Baden- Baden, 1985.

ALMEIDA, Luiz Antônio Freitas de. *O princípio da Separação de Poderes e Direitos Fundamentais Sociais: A necessidade de releitura sob a ótica de um Estado Social de Direito.* Revista de Direito Constitucional e Internacional – RDCI 77, 2011.

AMARAL, Diogo Freitas do. *História das ideias políticas*. Volume 1, Almedina, Lisboa, 1998.

AMARAL, Diogo Freitas do. *História das ideias políticas*. Volume 2, Lisboa, 1997.

AMARAL, Diogo Freitas do. *Os sistemas de direito público económico em democracia*. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, volume IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

AMARAL, Maria Lucia. *A Forma da Republica – Uma introdução ao estudo de direito constitucional.* Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

AMARAL, Maria Lúcia. *O princípio da igualdade na Constituição Portuguesa*. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, Lisboa, 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *O Judiciário e os Direitos Fundamentais Sociais*. *In: Palestras no Centro de Estudo n 2*, Centro de Estudo, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, dezembro de 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Ed. Almedina, 5ª Ed., Coimbra, 2012.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*, Ed. Juruá, Curitiba, 2010.

ARANGO, Rodolfo. *El concepto de Derechos Sociales*. Ed. Legis, Bogotá, 2005.

ARANGO, Rodolfo. *La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales*. *In: Revista de Derecho Público n 12*, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Colombia, junio de 2001.

ARANGO, Rodolfo. *O Direito à Saúde na Jurisprudência Constitucional Colombiana. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

ARISTÓTELES. *Constituição dos Atenienses.* Tradução Delfim Ferreira Leão. Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 3ª Ed., Lisboa, 1986.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco.* Tradução Torrieri Guimarães, Ed. Martin Claret, 6ª Ed., 8ª Reimpressão, São Paulo, 2014.

ARISTÓTELES. *Política.* Tradução Pedro Constantin Tolens, Ed. Martin Claret, 6ª Ed., 13ª Reimpressão, São Paulo, 2014a.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *O 'Fundamento do Direito': entre o Direito Natural e a dignidade da pessoa humana.* Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Vol. 52, n. 1 e 2, Lisboa, 2011.

AUAD, Denise. *Os direitos sociais na Constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual Constituição Federal Brasileira*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, vol. 103, jul./dez. 2008.

AVELINO, Pedro Buck. *Princípio da Solidariedade: imbricações históricas e sua inserção na Constituição de 1988*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 13, n. 53, out./dez. 2005.

ÁVILA, Humberto. *A segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. Editora Malheiros, São Paulo, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios – da definição e aplicação dos princípios jurídicos.* Martins Fontes, São Paulo, 2008.

BACHOF, Otto. *Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht*. In: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staattsrechtslehrer, Heft 12: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates; Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1954.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução José Manuel M. Cardozo da Costa. Ed. Atlântida, Coimbra, 1977.

BAGGIO, Antonio Maria. *O princípio esquecido: exigências, recursos e definições da fraternidade na política*. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

BALERA, Wagner. *Justiça Social: Direitos da solidariedade configuram cidadania mundial*. Prática Jurídica, Brasília, ano 5, n. 47, fev. 2006

BALERA, Wagner. *A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana.* Editor Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.

BALKIN, Jack M. *How Social Movements Change (Or Fail to Change) the Constitution: The Case of the New Departure*. Faculty Scholarship Series, Paper 235, 2005.

BARBOSA, Rui. *O Estado de Sítio: sua natureza, seus efeitos, seus limites*. Companhia Impressora, Capital Federal, 1892.

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

BARCELLOS, Ana Paula. *O Direito a prestações de saúde: complexidade, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. *Papéis do Direito Constitucional no fomento do controle judicial democrático: algumas propostas sobre o tema da informação.* Revista de Direito do Estado – RDE, ano 3, nº 12, out/dez 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à Judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição Brasileira de 1988: uma introdução. Tratado de Direito Constitucional.* Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.* Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Aqui, lá e em todo lugar: a dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional*. Revista dos Tribunais, Vol. 919, São Paulo, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. 6ª ed. Saraiva, São Paulo, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira.* 7ª ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e transformação do direito constitucional contemporâneo. In: Democracia, Direito e Política: Estudos em homenagem a Friedrich Müller,* Editora Conceito Editorial, Florianópolis, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *Princípio da dignidade da pessoa humana: uma contribuição para densificação do seu conteúdo. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo*. Ed. História Real, Rio de Janeiro, 2020.

BASILIO, Carlo Artur. *Direitos Sociais – Questões conceituais e efetividade*. Revista de Interesse Público – IP, ano 16, n. 83, Belo Horizonte, jan./fev. 2014.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Vol. II, Ed. Saraiva, São Paulo, 1989.

BEATTY, David M. *The forms and limits of Constitutional Interpretation*. *In: The American Journal of Comparative Law*, v. 49, n. 1, 2001.

BELLO, Enzo. *Cidadania e Direitos Sociais no Brasil: um enfoque político e social*. *In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman. *Laudato si', ecologização da justiça social e o juiz planetário*. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021.

BICKEL, Alexander M. *The Supreme Court and the Idea of the Progress.* Harper & Row, New York and London, 1970.

BILBAO UBILLOS, Juan María. *La Eficácia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares.* Centro de Estudios Consitucionales, Madrid, 1997.

BINENBOJM, Gustavo. *Direitos Humanos e Justiça Social: as idéias de Liberdade e Igualdade no final do século XX. In:* Revista de Direito da associação dos procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro. Vol. XII. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2003.

BIRNBACHER, Dieter. *"Ambiguities in the concept of Menschenwürde"* in K. Bayertz (org.). *Sanctity of Life and Human Dignity*. Dordrecht, 1996.

BLECKMANN, Albert. *Staatsrecht II - Die Grundrechte.* 4 ed., Köln- Berlin- Bonn- München, Berlin, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 6ª Ed., 11ª reimpressão, Ed. Brasiliense, São Paulo, 2013.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo.* Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª Ed., Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2017.

BOBBIO, Norberto. *Qual Socialismo? Discussão de uma alternativa*. Trad. Iza de Salles Freza. 4ª Edição, Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2001.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Die sozialen Grundrechte im Verfassungsgefüge"*. In BÖCKENFÖRDE; JEKEWITZ, RAMM (org.). Soziale Grundrechte. Heildelberg, 1981.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Editorial Trotta, Madrid, 2000.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Grundrechte als Grundsatznormen: Zur gegenwärtigen Lage der Grundrechtsdogmatik.* Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt am Main: Suhrkamp, Frankfurt, 1991.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*. NJW, Vol. 27, 35, München, 1974.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *Stato, constituzione, democrazia – studi di teoria della constituzione e di diritto constituzionale*. Tradução de Michele Nicoletti e Omar Brino. Editora Giuffré, Milão, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *A decadência da democracia representativa no Brasil. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, volume V, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Malheiros, 26ª ed., São Paulo, 2011.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social.* Editora Malheiros, 9ª Edição, São Paulo, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *Getúlio Vargas e o Estado Social das Ditaduras*. Revista de Direito do Estado, ano 1, nº 2, abril/ junho 2006.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes. *História Constitucional do Brasil*. Editora Paz e Terra, 3ª Ed., 1991.

BONAVIDES, Paulo. *O Estado Social e sua Evolução Rumo à Democracia Participativa. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Qual a ideologia da Constituição? In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, volume III, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência por uma Nova Hermenêutica por uma repolitização da legitimidade.* Ed. Malheiros, 2ª Ed., São Paulo, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Prefácio*. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Editora Livraria do Advogado, Belo Horizonte, 2001.

BORK, Robert H. Commentary—*The Impossibility of Finding Welfare Rights in the Constitution*, 1979 Wash. U. L. Q. 695 (1979). Available at: http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol1979/iss3/3.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Os Tratados sobre direitos humanos e o status normativo no sistema brasileiro – revisitando a questão. In: Direito Internacional na Constituição – Estudos em homenagem a Francisco Rezek*. Editora Saraiva, São Paulo, 2014.

BREUER, Rüdiger. *Grundrechte als Anspruchsnormen. In: Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung, Festgabe aus Anlass des 25 jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts* (FS für das BVerwG). München: CH Beck, 1978.

BRITO, José de Souza e. *O que é o direito para o jurista? In: Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, V. I, Editora Almedina, Coimbra, 2012.

BRITO, Miguel Nogueira de. *Lições de Introdução à teoria da Constituição.* Lisboa, 2013.

BRUNNER, Georg. *Die Problematik der sozialen Grundrechte. Tübingen*, 1971.

BRUNET, Karina. *Crise do Estado: participação e solidariedade*. Revista de informação legislativa, v. 38, n. 152, p. 205-214, out./dez. 2001.

CABRAL PINTO, Luzia Marques da Silva. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA 7, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

CALLEJÓN. Francisco Balaguer. *A dimensão constitucional do Estado Social de Direito na Espanha*. Tradução: Hugo César Araújo de Gusmão. Revista Direitos Fundamentais e Justiça nº 2, jan./mar., Porto Alegre, 2008.

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

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5ª ed. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2012.

CANAS, Vitalino. *A proibição do excesso como instrumento mediador de ponderação e optimização (com incursão na teoria das regras e dos princípios). In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume III, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

CANO, Roberto M. J. *Una metateoría del positivismo jurídico*. Madrid: Marcial Pons, Madri, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *A Teoria da Constituição e as insinuações do Hegelianismo Democrático*. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a Compreensão das normas constitucionais programáticas.* Editora Coimbra, 2ª Ed., Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição e défice procedimental*. *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes*. Constitucionalismo e Geologia da Good Governance*. In: "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constitucionalismo Político e Constitucionalismo Societal num mundo globalizado. In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição.* 7ª ed. Ed. Almedina, Coimbra, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Dogmática de direitos fundamentais e direito privado. In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes*. Estado Pós-moderno e Constituição sem sujeito. In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Metodologia "Fuzzy" e "Camaleões Normativos" na problemática actual dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais*. *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Métodos de protecção de direitos, liberdades e garantias*. *In: BFDC, volume comemorativo do 75º Tomo*, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O administrado e suas máscaras*. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume I, Editora Coimbra, Lisboa, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes*. O círculo e a linha - Da 'liberdade dos antigos' a 'liberdade dos modernos'*. *In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O direito ao ambiente como direito subjectivo*. *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O Direito Constitucional na encruzilhada do milênio. De uma disciplina dirigente a disciplina dirigida. In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *O tom e o dom na teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais*. *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Pode o referendo aprofundar a democracia? In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever a Constituição Dirigente ou romper. In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Sentido do tema e do problema. In:* "Brancosos" e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. Editora Almedina, 2ª Edição, Coimbra, 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Tomemos a sério os Direitos Económicos, Sociais e Culturais*. *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política*. *In: Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, v. 245, mai./ago. de 2007.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da solidariedade: a confirmação de um novo paradigma*. Revista Forense, Rio de Janeiro, ano 105, V. 405, pp. 3-25, SET./OUT. 2009.

CARDOSO, Alenilton da Silva. *Princípio da Solidariedade: paradigma ético do Direito Contemporâneo*. Editora Ixtlan, São Paulo, 2014.

CARMONA, Mafalda. *Liberdade negativa e liberdade positiva*. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume II, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

CARRAZZA, Roque Antonio*. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e a seletividade do ICMS – Questões conexas*. *In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana.* Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.

CHEMERINSKY, Erwin. *Rethinking State Action*. In: GARVEY, John H. & ALEINIKOFF, T. Alexander. Modern Constitucional Theory: A Reader.

CHOPER, Jesse H., FALLON, Richard H., KAMISAR, Yale & SHIFFRIN, Steven H. *Constitutional Law – cases – coments – questions*. Ninth Editon. American Casebook series, West Group, St. Paul, Minn., 2001.

CHRISTIANSEN, Eric C. *Decidindo sobre Direitos Não- Justiciáveis: Direitos Sócio- Econômicos e a Corte Constitucional Sul-Africana. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

CICCONETTI, Stefano Maria. *Os Direitos Sociais na Jurisprudência Constitucional Italiana*. *In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

CLEMENTE, Manuel. *Incidência da Doutrina Social da Igreja nos Direitos Económicos e Sociais. In: 35º aniversário da Constituição de 1976*, V. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

CÓBAR, Dora Ruth Del Valle. *La protección de los derechos humanos en el sistema interamericano. In: Seguridad alimentaria. Derecho a la alimentación y políticas públicas contra el hambre en América Central.* Fundación Henry Dumant, Editorial LOM, Santiago, 2014.

COELHO, Inocêncio Mártires. *Indeterminação do Direito, Discricionariedade Hermenêutica e Controle de Constitucionalidade nos Regimes Democráticos. In:* Constitucionalismo e Democracia. Editora Juspodivm, Salvador, 2013.

COHEN, Willian & VARAT, Joathan D. *Constitutional Law – cases and materials*. Eleventh Edition, University Casebook Series, Foundation Press, New York, 2001.

COMELLA, Víctor F. *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad.* Marcial Pons, Madri, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *Sobre a legitimidade das Constituições*. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, V. LXXX, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. *Repensar a Democracia*. *In: Democracia, Direito e Política: Estudos em homenagem a Friedrich Müller*, Editora Conceito Editorial, Florianópolis, 2006.

CORREIA, J. M. Sérvulo. *Interrelação entre os regimes constitucionais dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais e o sistema constitucional de autonomia do legislador e de separação e interdependência dos poderes. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, Lisboa, 2004.

CORREIA, J. M. Sérvulo. *Margem de livre decisão, equidade e preenchimento de lacunas: as afinidades e seus limites. In: Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, V. I, Editora Almedina, Coimbra, 2012.

CORTÊS, António. *O paradigma social do desenvolvimento humano – contributo para uma refundação ética dos direitos fundamentais*. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume III, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. *Controle da constitucionalidade no Brasil e em Portugal – apontamento*. *In: Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, V. I, Editora Almedina, Coimbra, 2012.

COSTA, José Manuel M. *Cardoso da. Reflexão nos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos do Homem. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume VI, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

COURTIS, Christian. *Critérios de Justiciabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: uma breve exploração*. *In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

COUTINHO, Luís P. Pereira. *Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume I, Editora Coimbra, Lisboa, 2010.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Um olhar Crítico- Deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito*. *In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das omissões do Poder Público.* Editora Saraiva, São Paulo, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional.* Editora JusPodivm, 9ª Ed., Salvador, 2015.

DANTAS, Ivo. *Direitos Individuais e Coletivos. Tratado de Direito Constitucional*. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012

DAVIS, D. M*. Equality: the majesty of Legoland jurisprudence*. South African Law Journal n. 116, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho & PORTO, Lorena Vasconcelos. *O Estado de Bem-Estar Social no Capitalismo Contemporâneo.* Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário nº 20, set/out -2007.

DENNINGER, Erhard. *Der gebändigte Leviathan*. Baden- Baden, 1990.

DENNINGER, Erhard. *Verfassungsrechtliche Schlüsselbegriffe*. In: Denninger, 1990.

DERBLI, Felipe. *O Estado de Direito ainda é Social?* Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro: Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica. Edição Especial, Rio de Janeiro, 2014.

DIAS, Eduardo Rocha. *Os limites às restrições de direitos fundamentais na Constituição brasileira de 1988. In: Democracia, Direito e Política: Estudos em homenagem a Friedrich Müller,* Editora Conceito Editorial, Florianópolis, 2006.

DÍAZ- TENDERO, Eolo. *Derechos, política(s) y governo: lociones básicas de um paradigma emergente em la aciona pública. In: Seguridad alimentaria. Derecho a la alimentación y políticas públicas contra el hambre en América Central*. Fundación Henry Dumant, Editorial LOM, Santiago, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Editoria Atlas, 19ª Edição, São Paulo, 2006.

DRI, Clarissa F. *Antiformalismo jurídico – uma abordagem institucionalista da integração regional. In: Cadernos PROLAM/USP*, São Paulo, SP, ano 8, vol. 1, 2008.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades. *Revisando o regime jurídico de Direito Público*. Revista da Procuradoria Geral do Município de Juiz de Fora – RPGMJF, ano 2, nº 2, jan./dez., Belo Horizonte, 2012.

DUPAS, Gilberto. *Economia Global e Exclusão Social: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo*. Ed. Paz e Terra, São Paulo, 1999.

DÜRIG, Günter. *Der Grundsatz der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. I in Verbindung mit Art. 19 Abs. II des Grundgesetzes.* AÖR n 81, 1956.

DÜRIG, Günter*. Direitos fundamentais e jurisdição civil*. *In:* Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. e trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012.

DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do Trabalho Social*. Tradução Eduardo Brandão. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: The Belknap Press, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, São Paulo, 2011.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2013.

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

EULAU, Heinz *et al*. *Changing views of representation*. Ed. De Sola Pool, Contemporary Political Science: toward empirical theory, New York, 1967.

EULAU, Heinz *et al*. *The role of the representative: some empirical observations on the Theory of Edmund Burk*. American Political Science Review 53, 1959.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. *A cidadania social no Brasil e no mundo: o que ficou e o que virá*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 79, nº 4, out./dez., 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil.* Editorial Trotta, Madrid, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del Estado*. Tradução para o espanhol: Perfecto Andrés Ibáñez. Editorial Trotta, Madrid, 2018.

FERRAJOLI, Luigi. *Estado Social y Estado de Derecho*. *In:* ABRAMOVICH, Victor et al. Derechos Sociales: Instrucciones de uso. Editora Fontamara, México, 2006.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *A Declaração Universal de Direitos da Pessoa Humana. In: Direito Internacional na Constituição – Estudos em homenagem a Francisco Rezek*. Editora Saraiva, São Paulo, 2014.

FILHO, Ives Gandra Martins. *Direitos Fundamentais. Tratado de Direito Constitucional.* Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *A Aplicação Imediata das Normas Definidoras de Direitos e Garantias Fundamentais. In: Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo n 29*, São Paulo, 1988.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *A Nova Constituição Brasileira: Constituição Dirigente ou Constituição- Plano*. Ed. Convivium nº 6, São Paulo, 1988.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *A re(construção) do ordenamento constitucional Brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume II, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. Editora Saraiva, 40ª ed., São Paulo, 2015.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. Editora Saraiva, São Paulo, 2000.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. Editora Saraiva, 4ª Edição, São Paulo, 2015.

FORSTHOFF, Ernst. *Begriff und Wesen des sozialen Rechtstaates*: VVDStRL 12, 1954.

FORSTHOFF, Ernst. *Concepto e esencia del Estado Social de derecho. El Estado Social*. Trad. José Puente Egido. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

FORSTHOFF, Ernst*. La Repubblica Federale Tedesca come Stato di diritto e Stato sociale*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, Anno VI, 1956.

FORSTHOFF, Ernst. *Stato di diritto in trasformazione*. Giuffré Editore, Milano, 1973.

FRANKENBERG, Günter. *Tirania da dignidade?:paradoxos e paródias de um valor supremo*. In: FRANKENBERG, Günter. A gramática da constituição e do direito. Ed. Del Rey, Coleção Del Rey Internacional V. 7, Belo Horizonte, 2007.

FRASER, Nancy. *From redistribution to recognition?: dilemas of justice in a 'postsocialist' age*. In: FRASER, Nancy. Justice interruptus: critical reflections on the 'postsocialist' condition. Ed. Routledge, New York, 1997.

FRIED, Charles. *Modern liberty and limits of government*. Ed. Norton & Company, New York, 2007.

GARCIA, Maria da Glória F.P.D. *Habitação, Direito e Políticas Públicas*. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Volume IV, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

GARCÍA- PELAYO, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporâneo*. Ed. Alianza, Madrid, 1977.

GAVISON, Ruth. *Feminism and the Public/Private Distinction*. 45 Stanford Law Review, 1992.

GEBRAN NETO, João Pedro. A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipadora. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 9ª Ed., revista e atualizada por Philip W. Sutton, tradução coordenada por José Manuel Sobral, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*. Tradução: A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 7ª Ed., Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2013.

GARGARELLA, Roberto. *Democracia deliberativa e o papel dos juízes diante dos direitos sociais. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

GOMES, Carla Amado. *Estado Social de Direito e Concretização de Direitos Fundamentais na era Tecnológica: algumas verdades inconvenientes*. *In: Textos Dispersos de Direito Constitucional,* Editora aafdul, Lisboa, 2011.

GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Constitucionalismo Popular. Constitucionalismo Popular Mediado e Constitucionalismo Democrático: características, modelos e contribuições para o debate brasileiro*. *In:* Constitucionalismo e Democracia. Editora Juspodivm, Salvador, 2013.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O direito ao fornecimento estatal de medicamentos*. In: GARCIA, Emerson (Coord.) A efetividade dos direitos sociais. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Constitucional*. Volume III, 4ª ed., Editora Almedina, Coimbra, 2011.

GRAU, Eros Roberto. *Direito, conceitos e normas jurídicas*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1988.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 3ª Ed., Malheiros, São Paulo, 1997.

GRIMM, Dieter. *Der Wandel der Staatsaufgaben und die Krise des Rechsstaats*. In: Die Zukunft der Verfassung. Frankfurt am Main Suhrkamp, 1991.

GRIMM. Dieter. *Dignity in the legal context: dignity as an absolute right*. In MCCRUDDEN, Christopher (Ed.). Understanding human dignity. Oxford University Press, Oxford, 2013.

GUERRA, Sidney. *As mudanças climáticas como catástrofe global e o refugiado ambiental*. Revista Estudos Institucionais, v. 7, n. 2, mai./ago. 2021.

HÄBERLE, Peter. *De la soberania al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano.* Tradução de Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México, série Ensayos Jurídicos, n. 12, 2011.

HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz.* Heidelberg: Müller, 1983.

HÄBERLE, Peter. *Grundrechte im Leistungsstaat*. VVDStRL 30, 1972.

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

HÄBERLE, Peter. *Siete tesis para una teoría constitucional del mercado*. Revista de derecho constitucional europeo nº. 5, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *A igualdade de tratamento das culturas – e os limites do liberalismo pós-moderno*. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015.

HABERMAS, Jürgen*. A ideia Kantiana de paz perpétua – à distância histórica de duzentos. In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *A soberania popular como processo*. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 1, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Volume 2, Ed. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Inclusão: integrar ou incorporar? Sobre a relação entre nação, Estado de direito e democracia*. In: A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018.

HABERMAS, Jürgen*. Luta por reconhecimento no Estado de direito democrático*. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *O conceito de dignidade humana e a utopia realista dos direitos humanos. In* Sobre a Constituição da Europa: um ensaio. Tradução: Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. Editora Unesp, São Paulo, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *O Estado de direito democrático – uma associação paradoxal de princípios contraditórios?*. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *O Estado Democrático de Direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? In:* Era das Transições. Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização: o passado e o futuro da soberania e da cidadania*. *In*: Novos Estudos CEBRAP n. 43, novembro de 1995.

HABERMAS, Jürgen. *O Estado Nacional europeu – sobre passado e o futuro da soberania e da cidadania*. In: A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018.

HABERMAS, Jürgen. '*Razonable' versus 'verdadero', o la moral de las concepciones del mundo.* Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Reconciliación mediante el uso público de la razón*. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016.

HABERMAS, Jürgen. *Réplica às contribuições no Simpósio da Cardozo Law School*. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Remarks on Erhard Denninger´s Triad*. Trad. Christopher Long e Willam Scheurman. In Constellations, nº 4, dezembro de 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Será que a democracia ainda tem uma dimensão epistêmica? Investigação empírica e teoria normativa*. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a relação entre a nação, o Estado de direito e a democracia*. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre o nexo interno entre o Estado de direito e a democracia*. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre o vínculo interno entre Estado de direito e democracia*. *In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018.

HABERMAS, Jürgen. *Três modelos normativos de democracia*. Teoria Política – Obras escolhidas. Tradução: Lumir Nahodil, Volume IV, Edições 70, Lisboa, 2015.

HABERMAS, Jürgen. *Uma consideração genealógica sobre o teor cognitivo da moral. In:* A inclusão do outro. Tradução Denilson Luís Werle. Editora Unesp, São Paulo, 2018.

HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 6ª ed. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011.

HAYEK, Friedrich von. Liberalismo. *Enciclopedia del novecento*. Instituto dell´Enciclopedia Italiana, vol. 3, Roma.

HEGEL, G. W. F. *Saemtliche Werk- Grundlinien der Philosophie des Rechts.* 3. Enveraenderte Auflage. Stuttgart, Fr. Frommans Verlag, 1952.

HELLER, Hermann. *Rechtsstaat oder Diktatur?* J. C. B. Mohr, Türbingen, 1930.

HERRERA, Carlos Miguel. *Estado, Constituição e Direitos Sociais*. *In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

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

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Madri, 1983.

HESSE, Konrad. *Grundrechte: Bestand und Bedeutung.* Hans- Jochen Vogel (org.), *Handbuch des Verfassungrechts*, Berlin/ New York, 1983.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20ª Ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1995.

HESSE, Konrad. *Verfassungsrecht und Privatrecht*. Editora Müller, Jur. Verl. Heidelberg, 1988.

HOBBES, Thomas. *Elementos de derecho natural y político*. Alianza Editorial, Madrid, 2005.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights – Why liberty depends on taxes*. W.W. Norton & Company, New York and London, 1999.

JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven öffentlichen Rechte*. 2ª Ed., Tübinger: Mohr, 1905.

JESTAEDT, Matthias. *Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

JÚNIOR, Valdir Ferreira de Oliveira. *O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua Efetivação. Tratado de Direito Constitucional*. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012.

KAIRYS, D. *The Politics of Law*. New York: Pantheon Books, 1982.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução: Paulo Quintela. Edições 70, Lisboa, 2009.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do Direito.* Tradução: António Ulisses Cortês, Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 5ª Edição, Lisboa, 2014.

KAUFMANN, Erich. *Zur Problematik des Volkswillens*. Ed. W. de Gruyter & co., Berlim, 1931.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado, 6ª Ed., Colecção Studium, Coimbra, 1984.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos − Constituição, racismo e relações internacionais*. Ed. Manole, São Paulo, 2005.

LAFER, Celso. *Apontamentos sobre a internacionalização do Direito Constitucional brasileiro. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda,* Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

LANDSHUT, Siegfried. *Der politische Begriff der Repräsentation*, 1964.

LANGNER, Thomas. *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, 1998.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 6ª Ed., Lisboa, 2012.

LAVAGNA, Carlo. *Costituzione e Socialismo*. Mulino II, Bologna, 1977.

LEISNER, Walter. *Grundrechte und Privatrecht*. München: Beck, 1960.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

LEMOS, Leany Barreiro. *Da solidariedade à contingência: diferentes visões do moderno Estado de Bem-Estar.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 46, nº 184, outubro/dezembro 2009.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Tradução: Renato Aguiar, Editora Zahar, 1ª Ed., Rio de Janeiro, 2018.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. *Colapso do populismo e regime militar no Brasil*. *In: Revista da Faculdade de Direito,* Universidade de São Paulo, V. 93, São Paulo, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. *Dignidade e solidariedade civil- constitucional*. Revista de Direito Privado, São Paulo, Ano 11, N. 42, abr./jun.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução Alfredo Gallego Anabitarte. Editora Ariel, 2ª Ed., Barcelona, 1970.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder Constituinte Reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. Ed. RT, São Paulo, 1993.

LOUREIRO, João Carlos. *Constituição da Seguridade Social: sujeitos, prestações e princípios. In: Boletim da Faculdade de Direito*, V. LXXXIV, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008.

LOUREIRO, João Carlos. *Leões, melhoramento(s) e constituição. In: estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, V. I, Editora Almedina, Coimbra, 2012.

LOWI, Theodore. *Políticas públicas, estudios de caso y teoría política*. *In: La hechura de las políticas públicas.* 2ª ed. México, 1996.

LUCAS PIRES, Francisco. *Uma Constituição para Portugal*. Almedina, Coimbra, 1975.

LUÑO, Antonio E. P. *Derechos humanos, estado de derecho y Constituición.* 6ª ed. Madrid: Tecnus, Madri, 1999.

LUÑO, Antonio E. P. *Los derechos fundamentales.* Ed. Tecnos, 6ª Ed., Madri, 1995.

MAGANO, Octavio Bueno. *Revisão Constitucional*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política nº 7, 1994.

MAUS, Ingeborg. *O Judiciário como superego da sociedade*. Tradução de Geraldo de Carvalho e Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTÍNEZ SORIA, José. *Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums unter Europäischem und innerstaatlichen Druck*. *In: Berlin e-Working Papers on European Law − Chair of Public Law and European Law*, n. 43, 2006.

MARTINS, Ives Gandra. *A dignidade da pessoa humana desde a concepção*. *In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.

MARTINS, Leonardo. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coleção original: Jürgen Schwabe. Ed. Konrad-Adenauer-Stiftung, Montevideo, Uruguai, 2005.

MARTINS, Leonardo. *Tribunal Constitucional Federal Alemão: decisões anotadas sobre direitos fundamentais*. Volume 1: Dignidade humana, livre desenvolvimento da personalidade, direito fundamental à vida e à integridade física, igualdade. Ed. Konrad-Adenauer Stiftung – KAS, São Paulo, 2016.

MASSEY, Calvin. *American Constitutional Law: Powers and Liberties*. Aspen Law and Business, Aspen Publishers inc., Legal Education Division, New York, 2001.

MATOS, André Salgado. O Direito ao Ensino, Contributo para uma Dogmática Unitária dos Direitos Fundamentais. Relatório de Mestrado na Faculdade de Direito de Lisboa, 1997/98.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. Ed. Revista dos Tribunais, 4ª Ed., São Paulo, 2010.

MEDEIROS, Rui. *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e diversidade. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Volume I, Editora Coimbra, Lisboa, 2010.

MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A Eficácia dos Direitos Sociais – Os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais*. Editora juspodivm, Salvador, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *A democracia e suas dificuldades contemporâneas. In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana.* Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.

MENDES, Gilmar F. A proteção da dignidade da pessoa humana no contexto do processo judicial. *In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.

MENDES, Gilmar F. *Jurisdição Constitucional: O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MENDES, Gilmar F. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – estudos de direito constitucional.* Editora Saraiva, 3ª Edição, São Paulo, 2004.

MENDES, Gilmar F. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Editora Brasília Jurídica, Brasília, 2000.

MENDES, Gilmar F. *O controle de constitucionalidade das omissões legislativas e o mandado de injunção: a necessidade de regulação normativa no direito brasileiro. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda,* Volume I*,* Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

MENDES, Gilmar F. *O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. In: Revista Diálogo Jurídico*, ano I – Vol. I – N 5, Salvador, Bahia, agosto de 2001.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional.* 4ª ed. Saraiva, São Paulo, 2009.

MENDONÇA, Eduardo. *Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas*. *In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

MICHELMAN, Frank I. *The Supreme Court, 1968 Term-Foreword: On Protecting the Poor Through the Fourteenth Amendment*. 83 HARv. L. REV. 7, 9 (1969).

MIRANDA, Jorge. *A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais. In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana.* Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.

MIRANDA, Jorge. *A fiscalização da inconstitucionalidade por omissão. In: Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles,* V. I, Editora Almedina, Coimbra, 2012.

MIRANDA, Jorge. *A recepção da Declaração dos Direitos do Homem pela Constituição portuguesa. Um fenômeno de conjugação de direito internacional e direito constitucional*. *In: Revista de Direito Administrativo,* Rio de Janeiro, RJ, n. 199, jan./mar de 1995.

MIRANDA, Jorge. *A Constituição Portuguesa e os Direitos dos Trabalhadores. In: Direitos Humanos e Democracia.* Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais – Introdução Geral,* Lisboa, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Direitos Fundamentais.* Almedina Editora, 2ª Edição, Lisboa, 2018.

MIRANDA, Jorge. *Estado social, crise econômica e jurisdição constitucional*. Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014. *In* Constituição e Cidadania, Almedina Editora, Lisboa, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Ética republicana e reforma do Estado*. *In* Constituição e Cidadania, Almedina Editora, Lisboa, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Jurisprudência Constitucional escolhida*. Volume III, Ed. Universidade Católica, 1ª Ed., Lisboa, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Justiça Constitucional e Democracia*. *In:* Constitucionalismo e Democracia. Editora Juspodivm, Salvador, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo IV – Direitos Fundamentais.* 5ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional – Tomo II – Constituição*. 6ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

MIRANDA, Jorge. *O Jus- Universalismo da Constituição Portuguesa e a Declaração Universal dos Direitos do Homem. In: Direito Internacional na Constituição – Estudos em homenagem a Francisco Rezek*. Editora Saraiva, São Paulo, 2014.

MIRANDA, Jorge. *O homem e o Estado: direitos do homem e democracia. Interesse Público*, São Paulo, ano 1, n. 1, p.79-84, jan./mar. 1999.

MIRANDA, Jorge. *Os novos paradigmas do Estado Social*. *In: Conferência no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado*, proferida em Belo Horizonte, em 28 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>

MIRANDA, Jorge. *Os problemas políticos fundamentais e as formas de governo modernas. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes,* Coimbra Editora, Lisboa, 2004.

MIRANDA, Jorge. *Reformas democráticas*. *In* Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016.

MIRANDA, Jorge. *Sistema político e riscos de erosão do regime democrático.* Jurismat, 2015. *In* Constituição e Cidadania, Almedina Editora, 2016.

MIRANDA, Jorge; ALEXANDRINO, José de Melo. *As Grandes Decisões dos Tribunais Constitucionais Europeus.* Disponível em: < http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Miranda-Jorge-Alexandrino-Jose-de-Melo-Grandes-decisoes-dos-Tribunais-Constitucionais-Europeus.pdf>.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. Tomo I. Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

MIRÂNDOLA E CONCORDIA, Giovanni Pico. *A dignidade do homem.* Tradução: Luiz Feracine. 2ª Edição. Ed. Solivros, Campo Grande, 1999.

MISES, Ludwig von. *Socialism: An Economic and Sociological Analisys*. Lyberty Fund, Indiana, Indianapolis, 1981.

MONCADA, Luís S. Cabral. *Estudos de Direito Público*. Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, v 1, São Paulo, 1962.

MORAES, Alexandre de. *As súmulas vinculantes no Brasil e a necessidade de limites ao ativismo judicial*. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda.* Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

MORAES, Ricardo Quatrim de*. A Evolução Histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o Constitucionalismo Dirigente.* Revista de Informação Legislativa, Brasília, DF, Ano 51, N. 204, out./dez., 2014.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional − Tomo 1*. 2ª ed. Coimbra Editora, Coimbra, 2008.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional − Tomo 2,* 2ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

MORAIS, Carlos Blanco de. *O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais*. *In: Revista de Direito Constitucional e Internacional,* editora Revista dos Tribunais, n. 78, jan./mar de 2012.

MOREIRA, Alexandre Mussoi. *A transformação do estado: neoliberalismo, globalização e conceitos jurídicos*. Ed. Libraria do Advogado, Porto Alegre, 2002.

MÜLLER, Friedrich. *Die Positivität der Grundrechte. Fragen einer praktisschen Grundrechtsdogmatik.* Berlin, Duncker & Humblot, 1969.

MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional.* Tradução Peter Naumann, 3ª ed., Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2005.

MÜLLER, Friedrich. *Teoria e Interpretação dos Direitos Humanos Nacionais e Internacionais – Especialmente na ótica da Teoria Estruturante do Direito. In: Direitos Humanos e Democracia*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.

MUTIUS, Albert von. *Grundrechte als Teilhaberechte – zu den verfassungsrechtlichen Aspekten des numerus clausus*. *VerwArch* 64, 1973.

NABAIS, José Casalta. *Da sustentabilidade do estado fiscal. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, volume IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

NABAIS, José Casalta. *Estudo de Direito Fiscal: por um Estado Fiscal Suportável.* Coimbra: Almedina, Coimbra, 2005.

NABAIS, José Casalta. *Reflexões sobre quem paga a conta do estado social.* Revista Tributária e de Finanças Públicas nº 2009 – RTRIB 88.

NARANJO DE LA CRUZ, Rafael. *Los limites de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares: La Buena Fe*. Centro de Estudios Consitucionales, Madrid, 2000.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Novas Funções Constitucionais no Estado Democrático de Direito – Um Estudo de caso no Brasil*. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda,* Volume I, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. *Os direitos fundamentais como condição para a cooperação na deliberação democrática. In: Democracia, Direito e Política: Estudos em homenagem a Friedrich Müller*, Editora Conceito Editorial, Florianópolis, 2006.

NICZ, Alvacir Alfredo. *A superação das crises de governabilidade para o alcance da concretização dos direitos fundamentais sociais*. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda,* Volume I, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

NIPPERDEY, Hans Carl. *Direitos fundamentais e direito privado. In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Waldir Alves. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012.

NIPPERDEY, Hans Carl. *Freie Entfaltung der Persönlichkeit. In: Die Grundrechte IV/2*, Berlin, 1962.

NIPPERDEY, Hans Carl. *Livre desenvolvimento da personalidade. In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. Luís Afonso Heck. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito.* Ed. Almedina, Coimbra, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *Dignidade da Pessoa Humana. Volume I – Dignidade e Direitos Fundamentais*. Editora Almedina, Coimbra, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. *Dignidade da Pessoa Humana. Volume II – Dignidade e Inconstitucionalidade*. Editora Almedina, Coimbra, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos como trunfos contra a maioria – sentido e alcance da vocação contramajoritária dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. In: Direitos Humanos e Democracia*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais e justiça constitucional em Estado de Direito democrático*. Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares: do dever de protecção à proibição do défice*. Editora Almedina, Coimbra, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais- Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em defesa do Tribunal Constitucional – resposta aos críticos*. Editora Almedina, Coimbra, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios Constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. Editora Almedina, Coimbra, 2019.

NOVAIS, Jorge Reis. *Teoria das formas políticas e dos sistemas de governo*. AAFDL Editora, Lisboa, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. *Uma Constituição, dois sistemas? Direitos de liberdade e direitos sociais na Constituição Portuguesa*. Editora Almedina, Coimbra, 2020.

NOVELINO, Marcelo. *A influência da Opinião Pública no Comportamento Judicial dos Membros do STF. In:* Constitucionalismo e Democracia. Editora Juspodivm, Salvador, 2013.

NOWAK, John E. e ROTUNDA, Ronald D. *American Constitutional Law*. 5ª Ed. St. Paul: West Publishing. Co., 1995.

NOZICK, Robert*. Anarquia, Estado e utopia.* Le monier, Florença, 1981.

NUNES, Rui. *Reinventar o Estado Social. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho.* Volume IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

OFFE, Claus*. Trabalho e Sociedade: Problemas estruturais e perspectiva para o futuro da Sociedade do Trabalho*. Volume II – perspectivas. Tradução de Gustavo Bayer e Margit Martincic, Editora Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Neoconstitucionalismo: Constitucionalização do Ordenamento Jurídico e a Releitura do Princípio da Legalidade Administrativa. Perspectivas da Teoria Constitucional Contemporânea.* Coordenador: José Ribas Vieira, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2007.

OTERO, Paulo. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e Constituição: a inconstitucionalidade de normas constitucionais. In: O Direito*, III-IV, 1990.

OTERO, Paulo. *Direito Constitucional Português – Identidade Constitucional.* Editora Almedina, V. I, Coimbra, 2010.

OTERO, Paulo. *Direitos Económicos e Sociais na Constituição de 1976. In: 35º aniversário da Constituição de 1976*, V. 1, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito* – Tomo 1, v. 1, Lisboa, 1998.

OTERO, Paulo. *Lições de introdução ao estudo do direito* – Tomo 2, v.1, Lisboa, 1999.

OTERO, Paulo. *Personalidade: um repensar do seu início? In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana.* Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.

PARRAGUEZ, Manuel Jacques. *Transformaciones del Estado en contextos de globalización del derecho y de pluralismo jurídico*. *In: Seguridad alimentaria. Derecho a la alimentación y políticas públicas contra el hambre en América Central*. Fundación Henry Dumant, Editorial LOM, Santiago, 2014.

PECES- BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Derechos sociales y positivismo jurídico – Escritos de Filosofía Jurídica y Política*. Editora Dykinson, Instituto de Derechos Humanos, Bartolomé de Las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1999.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Reflexiones sobre la teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1979, n. Extra 2.

PEREIRA, Ademar. *A utilidade regulatória nos serviços concedidos sob a ótica da cidadania*. *In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana.* Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Direitos Sociais, Estado de Direito e Desigualdade: Reflexões sobre as críticas à judicialização dos direitos prestacionais*. Revista Quaestio Iuris da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, vol. 08, nº 03, Rio de Janeiro, 2015.

PEREIRA, Ravi Afonso. *Igualdade e proporcionalidade: um comentário às decisões do Tribunal Constitucional de Portugal sobre cortes salariais no sector público*. *In: REDC*, n 98, 2013.

PEREIRA, Ravi Afonso. *Interpretação Constitucional e Justiça Constitucional*. *In: 35º aniversário da Constituição de 1976*, V. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

PERLINGERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Tradução Maria Cristina Cico, Ed, Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

PINTO, Ferreira. *Comentários à Constituição Brasileira*. Volume 1, Editora Saraiva, São Paulo, 1989.

PINTO, Ricardo Leite. *O papel do Supremo Tribunal no Sistema Político-Constitucional Norte Americano e a questão da "politicidade" da Justiça Constitucional: a decisão sobre a lei da reforma dos cuidados de saúde*. *In: Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, V. I, Editora Almedina, Coimbra, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local. In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana.* Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.* 7ª ed. Saraiva, São Paulo, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. In: Democracia, Direito e Política: Estudos em homenagem a Friedrich Müller*, Editora Conceito Editorial, Florianópolis, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Planos Global, Regional e Local. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos direitos sociais: desafios do sistema global, regional e sul-americano. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho,* volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

PIRES, Maria José Morais. *O acórdão da 'certificação' da Constituição da África do Sul de 1996. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, Lisboa, 2004.

PULIDO, Carlos Bernal. *Fundamento, Conceito e Estrutura dos Direitos Sociais: Uma Crítica a "Existem direitos sociais?" de Fernando Atria*. *In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

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

QUEIROZ, Cristina. *Jean-Jacques Rousseau e o contrato social*. *In: Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, V. I, Editora Almedina, Coimbra, 2012.

QUESADA, Fernando. *Teorías de la democracia*. Introdução à obra coletiva. Ed. Anthropos, Barcelona, 1988.

RAWLS, John. *Uma Teoria de Justiça*. Tradução de Almiro Peseta e Lenita M. R. Esteves. Martins Fontes, São Paulo, 2000.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Álvaro de Vita. Editora Martins Fontes, São Paulo, 2011.

RAWLS, John. *Réplica a Habermas*. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016.

RAZ, Joseph. *Incorporation by law. Legal Theory*. Cambridge: Universidade de Cambridge, V. 10, 2004.

REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. 2ª Edição, Saraiva, São Paulo, 1989.

REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 4ª Ed., Saraiva, São Paulo, 1994.

ROCA, Javier García. *Constitutional principles regarding the Spanish social security system: a citizen's right. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda,* Volume II, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

ROSAS, Allan. *State Sovereignty and Human Rights: Towards a Global Constitutional Project*. In Political Studies, XLIII, 1995.

ROTHBARD, Murray N. *A Anatomia do Estado*. Tradução de Tiago Chabert. Ed. Instituto Ludwig von Mises- Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2012.

SADEK, Maria Teresa. *O Judiciário e a Prestação da Justiça. In: Acesso à Justiça*. Editora Fundação Konrad Adenauer, São Paulo, 2001.

SANDEL, Michael J. *O liberalismo e os limites da justiça*. Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2ª Ed., Lisboa, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento.* Editora Cortez, São Paulo, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da Justiça*. Editora Almedina, Coimbra, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa*. Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. Cortez Editora, 14ª Ed., São Paulo, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar. Os caminhos do cosmopolitismo multicultural.* Editora Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais.* 7ª ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico- constitucional necessária e possível*. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Art. 1º, III*. *In* CANOTILHO, J.J. Gomes *et al.* (org.). Comentários à Constituição do Brasil. Editora Saraiva/Almedina, São Paulo, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais Sociais, Mínimo Existencial e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares*. Direitos Fundamentais: estudos em Homenagem ao Professor Ricardo Lobo Torres. Ed. Renovar, São Paulo, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia e efetividade do direito à moradia na sua dimensão negativa (defensiva): análise crítica à luz de alguns exemplos*. *In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Breves notas sobre o regime jurídico- constitucional dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais, com ênfase na 'aplicabilidade imediata' das normas de direitos fundamentais e na sua articulação com o assim chamado mínimo existencial*. *In:* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Brasileira de 1988 – algumas notas, com destaque para a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda,* Volume I, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais, reforma do Judiciário e Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. *In: Direitos Humanos e Democracia*. Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais, a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos – Revisitando o tema*. *In: Direito Internacional na Constituição – Estudos em homenagem a Francisco Rezek*. Editora Saraiva, São Paulo, 2014.

SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de interesses na Constituição Federal*. Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000.

SARMENTO, Daniel. *A proteção judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos- Jurídicos. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2ª Edição, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Ed. Lumen Juris, 2ª Ed., Rio de Janeiro, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de direito constitucional*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada*. Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, a.4- n. 14, Brasília, jan./mar. 2005.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución.* Versão espanhola de Francisco Ayala. Alianza Universidad Textos, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

SCHNEIDER, Hans- Peter. *Los Derechos fundamentales en el Estado Constitucional Democrático*. Ed. Nueva Época, Revista de Estudios Políticos nº 7, 1979.

SCHWABE, Jürgen. *O chamado efeito perante terceiros dos direitos fundamentais para a influência dos direitos fundamentais no tráfego do direito privado. In*: Direitos Fundamentais e Direito Privado – Textos clássicos. Org. Luís Afonso Heck. Trad. José Roberto Ludwig. Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 2012.

SCIULLI, David. *Theory of Societal Constitutionalism: Foundations of a Non-Marxist Critical Theory*. American Sociological Association Rose Monographs. Cambridge: Cambridge University, 1991.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução: Laura Teixeira Motta, Editora Companhia das Letras, São Paulo, 1999.

SIEYÉS, Emmanuel J. *A Constituição burguesa: O que é o Terceiro Estado?* Rio de Janeiro: Liber Juris, Rio de Janeiro, 1986.

SILVA, Frederico Silveira e. *A definição dos direitos da solidariedade*. Revista de Direito Social, out./dez. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 6ª ed. Malheiros, São Paulo, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. Editora Malheiros, 15ª Ed., São Paulo, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Democracia e Direitos Fundamentais*. *In: Direitos Humanos e Democracia.* Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional: sua situação no ordenamento jurídico nacional atual*. *In:* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume V, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

SILVA, Jorge Pereira. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*. Universidade Católica, Lisboa, 2003.

SILVA, Vasco Pereira da. *Direito salpicado de azul e verde*. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes*, Coimbra Editora, Lisboa, 2004.

SILVA, Vasco Pereira da. *Todos diferentes, todos iguais – breves considerações acerca da natureza jurídica dos Direitos Fundamentais*. *In: Direito e Justiça – Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, V. III, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. Ed. Malheiros, São Paulo, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais*. In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume III, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Judiciário e as Políticas Públicas: entre a transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. *In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights*. Disponível em: http:// http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.624.9890&rep=rep1&type=pdf; acesso em 13 de novembro de 2020.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. Ed. Forense, Vol. I, Rio de Janeiro, 2012.

SILVEIRA LOBO, Carlos Augusto da. *Irretroatividade das Leis de Ordem Pública*. Revista Forense, vol. 289, pp. 239.

SOMIN, Ilya. *The Tea Party Movement and Popular Constitutionalism* (May 26, 2011). Northwestern University Law Review Colloquy, Vol. 105, p. 300, 2011 (Colloquy on the Constitutional Politics of the Tea Party Movement). George Mason Law & Economics Research Paper No. 11-22.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Positivismo e valores*. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda,* Volume VI, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

SOUZA, Maria Isabel de Azevedo. *O Princípio da Exclusividade como nota distintiva do Direito Privado.* In: MARTINS- COSTA, Judith. A reconstrução do Direito Privado. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

STARCK, Christian. *Die Grundrechte des Grundgesetzes*. Jus, 1981.

STARCK, Christian (org.). *Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechsverwirklichungen?* Tubingen: Mohr, 1976.

STARCK, Christian. *De onde vem o Direito?* Tradução Ingo W. Sarlet. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda,* Volume VI, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

STEIN, Lorenz von. *Geschichte der sozialen Bewegung in Frankreich von 1789 bis auf unsere Tage*. Vol. 3 (Ausg. Salomon), München: Drei Masken, 1921 (nova edição, Darmstadt, 1959).

STEINER, Henry J. *Moral argument and Social Vision in the Courts: A Study of Tort Accident Law*. Madison, Wisc., 1987.

STEINMETZ, Wilson. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais*. Ed. Malheiros, São Paulo, 2005.

STERN, Klaus. *Der Staat des Grundgesetzes. Ausgewählte Schriften und Vorträge*. Editor Carl Heymann, Köln- Berlin-Bonn- München, 1992.

STERN, Klaus. *Grundbegriffe und Grundlagen des Staatsrechts. Strukturprinzipien der Verfassung.* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. München, 1977.

STRECK, Lenio Luiz. *A Revolução Copernicana do Direito e a preservação de sua autonomia diante do panprincipiologismo*. *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda,* Volume VI, Coimbra Editora, Lisboa, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Bem jurídico e Constituição: da proibição do excesso (übermabverbot) à proteção da proibição deficiente (untermabverbot) ou de como não há blindagem contra as normas penais inconstitucionais*. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, V. LXXX, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Reflexões hermenêuticas acerca do papel (dirigente) da Constituição do Brasil e os (velhos) obstáculos à concretização dos direitos fundamentais/sociais. In: Direitos Humanos e Democracia.* Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why We Need It More Than Ever*. Basic Books Press, New York, 2004.

TAKOI, Sérgio Massuru. *Breves Comentários ao princípio constitucional da solidariedade*. Revista de Direito Constitucional e Internacional, São Paulo, ano 17, n. 66, jan./mar., 2009.

TAVARES, André Ramos. *Princípios Constitucionais. Tratado de Direito Constitucional*. Volume 1. Coordenação Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valter do Nascimento. Ed. Saraiva, 2ª Ed., São Paulo, 2012.

TELES, Patrícia Galvão*. As relações entre a ordem jurídica internacional e a ordem jurídica europeia/ comunitária: o caso das sanções/ medidas restritivas*. *In: Estudos em homenagem a Miguel Galvão Teles*, V. I, Editora Almedina, Coimbra, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. *Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?* In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível". Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *O princípio da função social no Direito Civil Contemporâneo.* Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro: MPRJ nº 54, out./dez. 2014, Rio de Janeiro, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: Direitos Sociais – Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Lumen Juris Editora, Rio de Janeiro, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial e os direitos fundamentais*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro 42, Rio de Janeiro, 1990.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. Third Edition – Volume one, New York Foundation Press, New York, 2000.

URBANO, Maria Benedita. *"Criação judicial" e "activismo judicial": as duas faces de uma mesma função? In: 35º aniversário da Constituição de 1976*, V. 2, Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

VALADÉS, Diego. *El bienestar social como responsabilidad del Estado Constitucional*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19, jan./jun., 2012.

VALLESPÍN, Fernando. *Introducción: Una disputa de familia: el debate Rawls-Habermas*. Debate sobre el liberalismo político. Pensamiento contemporáneo 45. Tradução Gerard Vilar Rosa. Ediciones Paidós, I.C.E. de la Universidad Autónoma de Barcelona, 7ª Edição, Barcelona – Buenos Aires – México, 2016.

VEGA GARCIA, Pedro de. *Dificuldades y Problemas para la Construcción de un Constitucionalismo de la Igualdad (en caso de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales)*. In PÉREZ LUÑO, Antonio- Enrique (Org.). Derechos

Humanos y Constitucionalismo ante el Tercer Milenio. Marcial Pons, Madrid, 1996.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Os direitos humanos e os mecanismos constitucionais de sua defesa*. *In: Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2ª Edição, São Paulo, 2009.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *Direito à moradia*. Revista de Direito Privado nº 2, São Paulo, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. Editora Malheiros, São Paulo, 2006.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. *Um Olhar Transverso e Difuso aos Direitos Humanos de Terceira Dimensão: A Solidariedade concretizando o dever de respeito à ecologia e efetivando o postulado da dignidade da condição humana*. Revista de Direito Privado, São Paulo, ano 13, n. 51, jul./set. 2012.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against Judicial Review*. *In: The Yale Law Journal*, 2006.

WALDRON, Jeremy. *The dignity of groups*. Actia Juridica, 2008.

WALDRON, Jeremy. *Dignity, rank and rights*. Oxford University Press, New York, 2012.

WEIDLICH, Amanda de Moraes; SCHNEIDER, Paulo Henrique. *A solidariedade social como instrumento para superação da crise da democracia representativa*. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.10, n.4, 3º quadrimestre de 2015.

WERNER, Patrícia U. P. *O direito social e o direito público subjetivo à saúde − O desafio de compreender um direito com duas faces*. *In: Revista de Direito Sanitário, V. 9,* São Paulo, 2008.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La crucifixión y la democracia*. Tradução Espanhola. Editora Ariel, Barcelona, 1996.