

APONTAMENTOS ACERCA DAS DIMENSÕES SUBJETIVA E OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

*Alexandre Antonio Bruno da Silva**

*Ana Isabel Modena Strada***

1 Considerações Iniciais. 2 A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais. 3 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais. 4 Considerações finais.

RESUMO

Trata o presente artigo da dupla perspectiva dos Direitos Fundamentais, uma das mais importantes formulações trazidas pelo Direito Constitucional contemporâneo. O estudo dessas dimensões permite que os Direitos Fundamentais Sociais sejam vistos algumas vezes como direitos subjetivos individuais, em outras, como elementos objetivos fundamentais da comunidade. Abordamos, também, os desdobramentos dessa dupla perspectiva em relação aos direitos fundamentais sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais. Direitos Sociais. Dimensão Subjetiva. Dimensão Objetiva. Eficácia Horizontal.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O advento do Estado Social proporcionou uma profunda transformação no campo dos direitos fundamentais. O Estado Liberal, seu antecessor, promessa acalentada de liberdade para o cidadão, terminou por ser caracterizado como um adversário dos direitos humanos. Caía por terra o ideário burguês que defendia a premissa de que se cada indivíduo fosse livre para seguir egoisticamente os seus interesses privados, o bem comum seria atingido.

Os direitos fundamentais, que no Estado Liberal tinham como principal, senão única, tarefa proteger o homem do Estado, tiveram com o Estado Social suas preocupações alargadas. Deixar o homem tendo como suporte para as suas necessidades apenas a “mão invisível do mercado” proporcionou, na prática, o contexto ideal para o darwinismo social.

* Mestre em Informática pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ), Mestre em Direito pela UFC. Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Professor Adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE), Professor da pós-graduação em Direito do Trabalho e Processo Trabalhista da Faculdade Christus, Auditor-Fiscal do Trabalho e Membro do Grupo de Estudos em Direitos Fundamentais.

** Graduada em Ciência Contábeis na Universidade de Caxias do Sul – RS, acadêmica concludente do Curso de Direito da Faculdade Christus e Membro do Grupo de Estudos em Direitos Fundamentais.

Sob o manto da liberdade, tão difundida pelo Estado Liberal, escondeu-se a crescente miséria, a exclusão social e a opressão dos mais fracos pelos mais fortes. Foi somente com a participação política das camadas menos favorecidas e as pressões exercidas pelos movimentos das classes operárias que se sentiu a necessidade de uma revisão, de um redimensionamento, das funções e encargos do Estado.¹

O Estado que, antes, poderia limitar sua atividade a um dever geral de abstenção, passa a ter diversos novos encargos. A nova forma de Estado deveria cuidar da saúde, da educação, da população carente, disciplinar o mercado, proteger os trabalhadores dos seus patrões, além de proporcionar a devida assistência aos idosos e desamparados.

Novos direitos fundamentais, agora de caráter prestacional, são positivados. Preocupa-se em garantir condições materiais básicas para a população, promovendo-se a igualdade material. Os direitos fundamentais que no constitucionalismo liberal eram interpretados como direitos individuais passam a ter uma destacada face social.

Deveras, os direitos fundamentais no Constitucionalismo liberal eram visualizados exclusivamente a partir de uma perspectiva subjetiva, pois cuidava-se apenas de identificar quais as pretensões que o indivíduo poderia exigir do Estado em razão de um direito positivado na sua ordem jurídica. Sem desprezar este papel dos direitos fundamentais, que não perdeu a sua essencialidade na teoria contemporânea, a doutrina vai agora desvelar uma outra faceta de tais direitos, que virá para agregar-lhes novos efeitos e virtualidades: trata-se da chamada dimensão objetiva dos direitos fundamentais.²

Importante formulação do direito constitucional contemporâneo, no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais, é a de que esses direitos revelam dupla perspectiva. Em uma primeira, são considerados como direitos subjetivos individuais. Em outra, são tratados como elementos objetivos fundamentais da comunidade.³

2 A DIMENSÃO SUBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais permite uma gama variada de discussões. Concebendo-se divergências, até mesmo, em relação aos possíveis significados da expressão “direito subjetivo”. Entretanto, não será objeto desse trabalho tal controvérsia, pois se busca aqui o aparente consenso na doutrina em relação ao caráter geral de um direito subjetivo, para então abordar o tema relativo aos direitos fundamentais sociais.

Nesse âmbito, quando se trata de um direito fundamental como direito subjetivo, significa dizer que o titular do direito poderá exigir judicialmente o

cumprimento da obrigação objeto da norma diretamente do seu destinatário. Trata-se de idéia comum de que a figura do direito subjetivo implica um poder ou uma faculdade para a realização efetiva de interesses que são reconhecidos por uma norma jurídica como próprios do respectivo titular.⁴

Segundo Luis Roberto Barroso, direito subjetivo deve ser:

(..) entendido como o poder de ação assento no direito objetivo, e destinado à satisfação de certo interesse. A norma jurídica de conduta caracteriza-se por sua bilateralidade, dirigindo-se a duas partes e atribuindo a uma delas a faculdade de exigir da outra determinado comportamento. Formando-se, desse modo, um vínculo, uma relação jurídica que estabelece um elo entre dois componentes: de um lado, o direito subjetivo, a possibilidade de exigir; de outro, o dever jurídico, a obrigação de cumprir.⁵

É importante enfatizar que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais deve ser buscada e compreendida na própria Constituição. A concepção de que a falta de proteção legal, ou a inexistência de ação própria, poderia implicar na inexistência ou na inexigibilidade do direito subjetivo deve ser afastada. Essa idéia, surgida como reflexo do modelo jurídico que inspirara o Código Civil de 1916, deve ser ultrapassada, não se adaptando ao novo constitucionalismo inaugurado em 1988.⁶

A interpretação dos direitos fundamentais deve assumir outra conotação. A Constituição declara determinados direitos como fundamentais, atribuindo obrigações ao Estado e aos particulares, tornando-os exigíveis judicialmente, correspondendo a direitos subjetivos. Tal exigibilidade não condiciona a existência do direito, uma vez que ele não existe por ser exigível, mas deve ser exigível por existir.

Robert Alexy, como base de sua teoria analítica dos direitos subjetivos, apresenta um sistema de posições jurídicas fundamentais. Nela há uma tríplice divisão das posições que podem ser designadas como “direitos”: direito a algo, liberdades e competências.⁷

O direito a algo é concebido como uma relação trilateral na qual o primeiro membro é o titular do direito, o segundo é o destinatário do direito e o terceiro é o objeto do direito. Quando se cogita sobre os direitos em face do Estado, os direitos a ações negativas são chamados de direitos de defesa. Os direitos a ações positivas coincidiriam, parcialmente, com os direitos a prestações, em uma conceituação restrita de prestação.

Os direitos de defesa são divididos por Alexy em três grupos. O primeiro é constituído pelo direito a que o Estado não impeça ou crie obstáculo para determinadas ações do titular do direito; o segundo, por direitos a que o Estado esteja impossibilitado de afetar determinadas propriedades (bens) ou situações do titular do direito (jurídico-subjetivas); o terceiro, por direitos a que o Estado não possa eliminar determinadas posições jurídicas do titular do direito.⁸ Por

seu turno, os direitos a ações positivas desmembrar-se-iam em direitos a ações positivas fáticas e direitos a ações positivas normativas.⁹

Robert Alexy, ao tratar das liberdades jurídicas as classifica em liberdades jurídicas não protegidas e liberdades jurídicas protegidas. As primeiras consistem simplesmente na permissão de fazer ou deixar de fazer algo. Não se incluindo, no entanto, nenhuma garantia através de normas que protejam tal liberdade. Importante ressaltar, que no caso das liberdades jurídicas não protegidas de status constitucional, não há uma ausência total de proteção. As normas infraconstitucionais que proibirem ou ordenarem algo cuja realização ou omissão estejam permitidas por normas de status constitucional são inconstitucionais.¹⁰

A proteção jusfundamental da liberdade pode consistir, ainda, em um conjunto de direitos a algo, além de normas objetivas, que asseguram ao titular do direito fundamental a possibilidade de realizar as ações permitidas. Se uma liberdade está vinculada a tais direitos, trata-se de uma liberdade protegida.

Por fim, o grupo de competências é constituído por posições que podem ser designados como expressões tais como “poder”, “competência”, “autorização”, “faculdade” e “capacidade jurídica”.¹¹

Clèmerson Merlin Clève observa que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais desempenha três funções: a) de defesa do indivíduo contra a ingerência do poder público que venha impedir a satisfação do direito fundamental; b) de prestação, segundo a qual o indivíduo pode demandar a realização do objeto do direito fundamental; e c) de não-discriminação, segundo a qual o indivíduo deve ter ao seu dispor, sem discriminação em relação aos demais, os bens e serviços necessários à satisfação de seus direitos fundamentais. É possível a discriminação quando esta seja necessária para a concretização da igualdade material.¹²

A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais tem prevalecido no tocante a entendê-los como verdadeiros direitos subjetivos.

Para Ingo Sarlet, a tese de presunção em favor da perspectiva jurídica subjetiva encontra sustentação na finalidade característica dos direitos fundamentais, que é de proteção do indivíduo e não da coletividade e no caráter principiológico dos direitos fundamentais, em que o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo.¹³

Argumento em favor da dimensão subjetiva é a relação existente entre os direitos fundamentais sociais com o valor da autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana. Este enfoque, todavia, não exclui a possibilidade de se atribuir a titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos.¹⁴

A doutrina tende a reconhecer com maior tranquilidade a caracterização de um direito fundamental como direito subjetivo sempre que aquele assumir uma feição de direito de defesa, pois o seu titular poderá exigir do Estado que este se abstenha de ingerir na esfera de autonomia privada resguardada pela norma.¹⁵

Estudo especial, entretanto, deve ser feito quando se trata da dimensão positiva ou prestacional dos direitos fundamentais, característica dos direitos sociais. Nessa dimensão, torna-se necessária a realização de uma determinada prestação, constante do conteúdo da norma, por parte do Estado e dos particulares. Nossa Constituição instituiu uma série de direitos fundamentais sociais.

Acredita-se que somente se os direitos fundamentais sociais forem observados como verdadeiros direitos subjetivos vinculantes aos poderes públicos a efetivação da pauta social constitucional será viável. No mesmo sentido, posiciona-se Luis Roberto Barroso, defendendo uma teoria da efetividade constitucional pautada no conceito de direito subjetivo.¹⁶

3 A DIMENSÃO OBJETIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Segundo Ingo Sarlet, apesar de encontramos na doutrina constitucional do primeiro pós-guerra o gérmen do que hoje se considera a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o grande impulso veio, quanto à eficácia dos direitos fundamentais, somente, com o advento da Lei Fundamental Alemã de 1949.¹⁷

Neste contexto, é descrito como marco jurisprudencial a decisão tomada pela Corte Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) da Alemanha no famoso caso *Lüth*, em 1958.¹⁸ Na sentença proferida, ficou consignado que os direitos fundamentais não se limitavam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo, constituindo decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva com eficácia em todo o ordenamento jurídico.

Assim, esses direitos passam a se evidenciar, no âmbito da ordem constitucional, como um conjunto de valores objetivos básicos dirigindo a ação positiva dos poderes públicos.

Importante esclarecer que a perspectiva objetiva não é uma contrapartida automática da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais. Trata-se de uma função autônoma das normas de direitos fundamentais, que transcendem à sua perspectiva subjetiva, gerando efeitos para todo o ordenamento jurídico a partir do desencadeamento de novos significados.¹⁹

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais possibilita o reconhecimento de elementos jusfundamentais, encontrando-se relacionada à sua caracterização como institutos, não necessariamente vinculados à noção subjetiva dos direitos dos cidadãos. Assim, poder-se dizer que toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação.²⁰

Ingo Sarlet, ao tratar da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais disserta, inicialmente, sobre seu aspecto axiológico, entendendo que os direitos fundamentais representariam a ordem de valores vigentes na sociedade.²¹

A dimensão axiológica da função objetiva dos direitos fundamentais é aquela que decorre da idéia de que estes incorporam e expressam determinados

valores objetivos fundamentais da comunidade. Os direitos fundamentais, mesmo os clássicos direitos de defesa, não devem ter sua eficácia valorada somente sob um aspecto individualista. É necessário verificar sua aceitação sob o ponto de vista da sociedade, da comunidade na sua totalidade. Afinal, são os valores e fins que devem ser respeitados e concretizados por toda a sociedade.

Esta relevância axiológica social dos direitos fundamentais revela-se especialmente importante no caso dos direitos fundamentais sociais, pois auxilia na compreensão da fundamentalidade material destes direitos. A dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da nossa Constituição, bem como o princípio do Estado Social, que embora não positivado expressamente, decorrem do conjunto de valores que informam a carta constitucional e embasam tal fundamentalidade.

Além disso, a dimensão valorativa dos direitos fundamentais sociais assume especial importância na atual doutrina do direito constitucional. Busca-se, hoje, restabelecer a comunicação entre o direito e a ética, de modo a preencher o conteúdo das disposições constitucionais a partir dos valores vigentes na sociedade.

Reconhecendo-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais como direitos relacionados aos valores difundidos em toda a comunidade, cuja realização acaba por tocar a esfera de todos os cidadãos, faz possível deduzir-se o fundamento de legitimidade de restrições a estes direitos na sua dimensão subjetiva individualista.

Há casos onde a satisfação de um direito fundamental de um cidadão poderá comprometer direitos e bens jurídicos de toda a sociedade. Dessa forma, o conteúdo e o alcance das normas de direitos fundamentais não poderão ser dimensionados exclusivamente a partir da perspectiva subjetiva do titular do direito. Deverão, isto sim, ser ponderados com a esfera jurídica em concreto de todos os cidadãos.

Necessário dizer que ao falarmos de ponderação estamos indicando que não dever ser perdido de vista o núcleo essencial de cada direito fundamental. Não há como sustentar uma funcionalização da dimensão subjetiva em prol da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Não se pode, aprioristicamente, sem a análise do caso concreto, defender uma supremacia do interesse público sobre o particular, afastando-se a proteção ao interesse individual.²²

Ingo Sarlet ainda observa outro desdobramento da perspectiva objetiva axiológica dos direitos fundamentais de profunda relevância: a eficácia dirigente destes direitos em relação aos poderes públicos, no sentido de lhes ordenar a obrigação permanente de concretização e realização dos direitos fundamentais.²³

Os direitos fundamentais vinculam os órgãos estatais com um todo. O Poder Executivo haverá de respeitar os direitos de defesa, além de propor e realizar as políticas públicas necessárias à satisfação dos direitos prestacionais. O Legislativo, em sua atuação, deverá legislar para, preservando esses valores e buscando referidos objetivos, proteger os direitos fundamentais, normativamente, assim como, eventualmente, fiscalizando a atuação dos demais poderes.

Vincula-se, também, o Poder Judiciário que, ao decidir, há de levar em conta os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais. Os agentes públicos brasileiros estão comprometidos e absolutamente vinculados a esses parâmetros constitucionais. A Constituição desde logo retirou do mundo político, da esfera da disputa política, o que é nuclear, fundamental para nós.

Entretanto, a multiplicidade de significados inerente aos direitos fundamentais na condição de elementos da ordem objetiva corre o risco de ser subestimada caso for reduzida à dimensão meramente valorativa.²⁴ Para além da dimensão axiológica da perspectiva objetiva, Sarlet ressalta a possibilidade das normas de direitos fundamentais determinarem efeitos autônomos:

Como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que a doutrina alemã denominou de uma eficácia irradiante (*Austrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição^{25, 26}

A doutrina alemã, ao tratar da força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, aponta para a consagrada “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais. Segundo ela, a aplicação e a interpretação dos textos normativos devem buscar a melhor compatibilidade com os direitos fundamentais. Assim é que os direitos fundamentais servem como norte para a interpretação e aplicação do sistema jurídico. Por vezes, tornam-se verdadeiros parâmetros para o controle de constitucionalidade dos atos normativos editados pelo Estado.

Entretanto não é só esse o efeito da eficácia irradiante. Associado ao efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se o questionamento a cerca da sua eficácia na esfera privada. Trata-se da “eficácia horizontal” (*Drittwirkung*) dos direitos fundamentais. Segundo ela, os direitos fundamentais irradiam efeitos, também, nas relações privadas, não constituindo apenas direitos com eficácia vertical, oponíveis contra os poderes públicos.

Outro aspecto relevante para o presente estudo, relacionado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, diz respeito à função de proteção por eles determinada. Nesse sentido, incumbe ao Estado o dever de proteger o seu exercício, não somente em relação às ingerências dos poderes públicos, mas até mesmo em relação às ingerências dos próprios particulares.

A dimensão protetora revela o caráter positivo que os direitos constitucionais podem assumir, inclusive os clássicos direitos de defesa. Nesse caso estes exigem, como função autônoma, independente de sua subjetividade, a proteção

do Estado. Trata-se de um dever do Estado de agir e não somente de se abster.²⁷ A partir desta perspectiva torna-se evidente a conclusão a que chegaram Cass Sunstein e Stephen Holmes no sentido de que os direitos fundamentais podem estar sempre associados a um custo, a uma prestação.²⁸

Importa salientar outra função de extrema relevância assumida objetivamente pelos direitos fundamentais: a de determinar a criação de estruturas institucionais bem como de procedimentos necessários à sua efetivação.

Neste sentido, com base no conteúdo das normas de direitos fundamentais, é possível se extrair conseqüências para a aplicação e interpretação das normas procedimentais. Além disso, torna-se necessária a formatação de um direito organizacional e procedimental que auxilie na efetivação da proteção aos direitos fundamentais, evitando-se possíveis riscos de redução do seu conteúdo material.

É preciso ressaltar, entretanto, que esta força normativa que decorre da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não é absoluta, devendo ser ponderada com todos os valores ou princípios em sentido divergente.

Por fim, é importante ressaltar que tanto as normas de direitos fundamentais que consagram direitos subjetivos individuais, quanto as que impõem apenas obrigações de cunho objetivo aos poderes públicos, podem ter a natureza de princípios ou de regras.²⁹ Não existindo um paralelismo necessário entre as regras e a perspectiva subjetiva, nem entre os princípios e a perspectiva objetiva. Assim, podemos falar em regras e princípios consagradores de direitos subjetivos e objetivos fundamentais.³⁰

A titularidade dos cidadãos de direitos sociais fundamentais frente a um Estado democrático de direito, proporciona para o Estado, deveres prestacionais, devendo-se garantir aos particulares a participação nas correspondentes prestações e instituições estatais. Além disso, torna-se obrigado a criar os pressupostos materiais de um exercício efetivo de liberdade. O reflexo desses aspectos leva à progressiva consagração constitucional dos chamados direitos sociais e na reinterpretação social dos tradicionais direitos de liberdade.

Os direitos fundamentais sociais agem como *imposições legiferantes*, determinando ao legislador a criação de instituições e leis que lhes tornem efetivos, bem como definem e estabelecem a realização de políticas públicas dirigidas aos seus objetivos, gerando o fornecimento de *prestações* aos cidadãos.³¹ O efeito colateral do incremento da dimensão objetiva é o conseqüente fortalecimento da dimensão subjetiva essencial a estes direitos, executoras do cumprimento das imposições institucionais.

É de se levar em conta, ainda, que o predomínio da perspectiva subjetiva encontra sua justificativa no valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana. Entretanto, essa presunção em favor da perspectiva subjetiva individual não exclui a titularidade de direitos fundamentais subjetivos a certos grupos ou entes coletivos. Mesmo nesses casos, essa proteção gravita em torno da proteção do ser humano em sua individualidade.³²

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito constitucional contemporâneo revela a dupla perspectiva dos direitos fundamentais. Em uma primeira, são considerados como direitos subjetivos individuais. Em outra, são tratados como elementos objetivos fundamentais da comunidade.

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais sociais deve ser buscada e compreendida na própria Constituição. A concepção de que a falta de proteção legal, ou a inexistência de ação própria, poderia implicar na inexistência ou na inexigibilidade do direito subjetivo deve ser superada. A exigibilidade não condiciona a existência do direito, uma vez que ele não existe por ser exigível, mas deve ser exigível por existir.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais sociais possibilita o reconhecimento de elementos jusfundamentais, encontrando-se relacionada à sua caracterização como institutos, não necessariamente vinculados à noção subjetiva dos direitos dos cidadãos. Toda norma que contém um direito fundamental constitui sempre direito objetivo, independentemente da viabilidade de uma subjetivação.

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais social determina, ainda, a já consagrada “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais servem como norte para a interpretação e aplicação do sistema jurídico. Associado ao efeito irradiante dos direitos fundamentais, encontra-se a sua eficácia na esfera privada, a “eficácia horizontal” dos direitos fundamentais.

Há um flagrante predomínio da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais sociais, justificado pelo valor outorgado à autonomia individual, na qualidade de expressão da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BIGOLIN, Giovani. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Disponível em <http://www.revistadoutrina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm>. Acesso em 08 mai.2007, 10:30h.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

MENDES, Gilmar. *Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 jul.2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 31 jul.2007.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹ SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. In SAMPAIO, José Adércio Leite (Org). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 252.

² Ibid., p. 253.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 168.

⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 387.

⁵ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 99.

⁶ Prescrevia o Código Civil de 1916, em seu art. 75, "A todo o direito corresponde uma ação, que o assegura."

⁷ ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 186.

⁸ Ibid., p. 189.

⁹ Ibid., p. 194-195.

¹⁰ Ibid., p. 224-225.

¹¹ Ibid., p. 227.

¹² CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, p. 17-29, jul./dez. 2003.

¹³ SARLET, op. cit., p. 180.

¹⁴ Ibid., p. 180-181.

¹⁵ Neste sentido, ver SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ -Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 1, p. 34, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 31 jul.2007.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 246-275.

¹⁷ SARLET, op. cit., p. 168.

¹⁸ Uma sentença do Tribunal Constitucional Federal, que versou sobre uma colisão entre o direito delitivo e a liberdade de opinião, passou a ser fundamental importância para o tratamento da relação entre direitos fundamentais e o Direito Privado na Alemanha. Em 1958, o Tribunal Constitucional resolveu o caso Lüth-Urteil. No caso em exame, o presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, Eric Lüth exortou o público alemão a boicotar uma película do cineasta Veit Harlan, a quem acusava por seu passado nazista. Harlan dirigiu numerosas películas de propaganda nazista, entre elas a muito criticada *Jus Suss*, filmada em 1940, de forte conteúdo

anti-semita. Demandado civilmente, Lüth foi considerado civilmente culpado pelos prejuízos e danos causados ao cineasta. Os tribunais consideraram o apelo um ato ilícito, por ofensivo aos bons costumes no sentido do estabelecido pelo § 856 do BGB [Código Civil Alemão]. Insatisfeito com o pronunciamento judicial, Lüth entra com recurso constitucional (Verfassungsbeschwerde), sustentando que o direito constitucional de liberdade de expressão obrigava considerar sua atuação legítima. Através dele o Tribunal Constitucional examinou a tese de que os direitos fundamentais se exerciam não somente ante o Estado, estando presentes, também, nas relações de direito privado. Em resposta ao recurso constitucional impetrado pelo Sr. Lüth, o Tribunal Constitucional Federal cassou a sentença do tribunal civil, pois este teria, na aplicação do § 826 do BGB, violado o direito fundamental à liberdade de opinião do Sr. Lüth, assegurado pelo artigo 5º, inciso I, da LF.

¹⁹ MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 25 jul.2007.

²⁰ SARLET, op. cit., p. 169.

²¹ Ibid., p. 171.

²² Ibid., p. 171-172.

²³ Ibid., p. 172.

²⁴ Ibid., p. 173.

²⁵ Segundo Luis Roberto Barroso, com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que a compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra do seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste da expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação “corretiva” que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo. (BARROSO, op. cit., p.372.)

²⁶ SARLET, op. cit., p. 173.

²⁷ Exemplos seriam o *Consumer Product Safety Commission* que gastou, em 1996, 41 milhões de dólares analisando e identificando produtos potencialmente danosos e fiscalizando o cumprimento dos padrões de segurança. Já o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, no mesmo ano, gastou US\$ 64 milhões em “questões de direitos civis”. A *Occupational Safety and Health Administration* (OSHA) consumiu US\$ 306 milhões no mesmo ano obrigando os empregadores a prover locais de trabalho mais seguros e saudáveis enquanto que a *Equal Employment Opportunity Commission* (EEOC) despendeu US\$ 233 milhões para cuidar que os empregadores não discriminem na contratação, demissão, promoção e transferências.

²⁸ HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: Norton & Co., 1999 apud BIGOLIN, Giovanni. *A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais*. Disponível em <http://www.revistadourina.trf4.gov.br/artigos/constitucional/giovani_bigolin.htm>. Acesso em 08 mai.2007, 10:30h.

²⁹ Segundo Luis Roberto Barroso, deve-se a sistematização formulada por Ronald Dworkin, em seu *Taking rights seriously* (1977), um especial tributo para a distinção qualitativa entre regra e princípios, um dos pilares da moderna dogmática constitucional, indispensável para a superação do positivismo legalista, em que as normas se cingiam a regras jurídicas. A Constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável a valores jurídicos suprapositivos, no qual as idéias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. (..) Regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada* (*all or nothing*). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direito e automático, produzindo seus efeitos. (..) Princípios contêm, normalmente, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, e indicam determinada direção a seguir. Ocorre que, em ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não só é possível como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade. Deve-se reconhecer aos princípios uma dimensão de peso ou importância. À vista dos elementos do caso concreto, o intérprete deverá fazer escolhas fundamentadas, quando se defronte com antagonismos inevitáveis, como os que existe entre a liberdade de expressão e o direito de privacidade, a livre iniciativa e a intervenção estatal, o direito de propriedade e a sua função social. A aplicação dos princípios se dá, predominantemente, mediante *ponderação*. (BARROSO, op. cit., p. 328).

³⁰ SARLET, op. cit., p. 170.

³¹ Segundo José Carlos Vieira de Andrade, “as normas que prevêm os direitos (sociais) a prestações, contêm *directivas* para o legislador ou, talvez melhor, são *normas impositivas de legislação*, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque visam, em primeira linha, indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos. Não significa isso, porém, que se trate de normas meramente proclamatórias, visto que têm força jurídica e *vinculam* efectivamente os poderes públicos, impondo-lhes autênticos deveres de legislação.”(ANDRADE, op. cit., p. 387).

³² SARLET, op. cit., p. 181.

NOTES ON THE SUBJECTIVE AND OBJECTIVE DIMENSIONS OF SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This paper examines the double outlook regarding Fundamental Rights, one of the most important constructions presented by contemporary Constitutional Law. The study of the two dimensions aforementioned allows Social Fundamental Rights to be sometimes perceived as individual subjective rights and other times seen as basic objective elements existing inside a community. The article also tackles the developments inherent to the double outlook of Social Fundamental Rights.

KEYWORDS: Fundamental rights. Social rights. Subjective outlook. Objective outlook. Horizontal force.

DES COMMENTAIRES SUR LES DIMENSIONS SUBJECTIVE ET OBJECTIVE DES DROITS FONDAMENTAUX SOCIAUX

RÉSUMÉ

Ce article porte sur la doublé perspective des Droits Fondamentaux, l'une des plus importantes formulations issue du Droit Constitutionnel contemporain. L'étude de ces dimensions permet que les Droits Fondamentaux Sociaux soient perçus des fois comme des droits subjectifs et des fois comme des éléments objectifs fondamentaux de la communauté. L'article traite aussi des développements de cette doublé perspective par rapport aux droits fondamentaux sociaux.

MOTS-CLÉS: Droits Fondamentaux. Droits Sociaux. Dimension Subjective. Dimension Objective. Efficacité Horizontale.