

**O FENÔMENO DA PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO NO ORDENAMENTO  
BRASILEIRO À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.**

**THE PHENOMENON OF THE LAW IN BRAZILIAN PUBLICITY SPATIAL LIGHT  
OF FUNDAMENTAL RIGHTS.**

Eduardo Marcelo de Negreiros Freitas<sup>1</sup>

**RESUMO**

A publicização do direito representa um fenômeno em que a dicotomia entre direito privado e direito público estaria sendo relativizada, pois alguns ramos do direito, outrora de direito privado, estariam recebendo normas de direito público, com o objetivo de equilibrar as relações existentes. Vale ressaltar que o termo publicização é um neologismo e apresenta algumas vertentes, conforme os doutrinadores. Essa relação entre direito público e privado passou a ter repercussão constitucional, o que motivou um estudo mais aprofundado dos direitos individuais e sociais, eis que alguns autores entendem que publicização e socialização são expressões semelhantes. No que se refere aos direitos sociais, possuem dificuldade de efetivação, haja vista os limites orçamentários e a ausência ou restrição de políticas públicas destinadas aos cidadãos, o que motiva a interferência do Judiciário. O Estado alega a reserva do possível, mas existe a necessidade de respeitar o mínimo existencial. Diante disso, a socialização do direito gera alguns problemas, como a intervenção exagerada do Estado nas relações privadas, ocasionando, portanto, a necessidade de um estudo pormenorizado do assunto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Publicização. Direitos individuais e sociais. Socialização

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito (Unifor). Especialista em Direito Previdenciário (Anhanguera-Uniderp). Defensor Público Federal. Mestrando em Direito Constitucional na Universidade Federal do Ceará. Professor de Direito Previdenciário (Fanor). E-mail: eduardomfreitas@hotmail.com

## **ABSTRACT**

The right of publicity is a phenomenon in which the dichotomy between private law and public law was being relativized, because some branches of law, once private law, would be receiving public law, with the aim of balancing relationships. It is noteworthy that the term is a neologism publicity and presents some aspects, according to scholars. This relationship between public and private law now has constitutional repercussions, which motivated further individual and social rights study, behold, some authors believe that publicity and socialization are similar expressions. With regard to social rights, have difficulty in execution, given budget constraints and the absence or restriction of public policy for citizens, what motivates the interference of the judiciary. The State alleges booking possible, but there is the need to respect the existential minimum. Thus, the socialization of the law creates some problems, such as excessive state intervention in private affairs, thus creating the need for a detailed study of the subject.

**KEYWORDS:** Publicization. Individual and social rights. Socialization.

## **1. INTRODUÇÃO**

O presente artigo tem como propósito avaliar o fenômeno da publicização do direito no ordenamento brasileiro e a relação com os direitos individuais e sociais, destacando, ainda, os problemas da socialização.

Ademais, será analisada a constitucionalização do Direito, estabelecendo algumas distinções acerca desse termo, o qual possui múltiplos sentidos.

Quanto à publicização do direito, serão estudados alguns aspectos da referida expressão, apresentando uma relação direta com os direitos fundamentais. Para isso, conceitos de direito e público e privado serão explorados, bem como se discutirá a relevância dessa divisão. Após, haverá uma abordagem sobre os direitos individuais, sendo ressaltado o processo histórico de formação, com fundamento nos direitos do homem, direitos humanos e fundamentais.

Por conseguinte, serão discutidos aspectos relevantes acerca dos direitos sociais, apontando algumas situações previstas na Constituição do Brasil, principalmente no que se

refere à efetivação, haja vista o princípio da reserva do possível. Entretanto, conceitos como mínimo existencial, máxima efetividade, vedação ao retrocesso, serão discutidos de forma pormenorizada. Será mencionado sobre a essência dos direitos individuais e sociais e a desnecessidade de serem estudados sob o enfoque do Direito público e privado.

Dessa relação entre os direitos fundamentais e as relações privadas avaliar-se-á a eficácia horizontal, mencionando-se algumas situações em que há a necessidade de intervenção estatal. Além disso, será estudada a relação dos cidadãos com o Estado, verificando a possibilidade de colisão de direitos fundamentais e a utilização da técnica da ponderação, quando não for possível a subsunção.

Por fim, serão analisados os problemas decorrentes da socialização, apontando o aumento da judicialização de questões políticas e sociais, bem como se buscará uma alternativa viável para o equilíbrio do sistema jurídico diante das colisões de interesses.

## **2. O FENÔMENO DA PUBLICIZAÇÃO DO DIREITO**

A expressão “publicização do direito” possui diversas acepções, contudo, no presente trabalho, será abordada, principalmente, a sua relação com os direitos fundamentais.

A publicização é um neologismo que surgiu para definir uma nova tendência do Direito, em que toda matéria legislada teria caráter público. Assim, até as relações entre particulares teriam que sofrer interferência de direito público, pois haveria uma influência na ordem social.

Para se entender esse fenômeno, há a necessidade de compreender o que é direito público e direito privado.

O direito público trata da relação entre o Estado e o cidadão e ocorre, por exemplo, no direito tributário, quando há a cobrança de um tributo, ou no direito administrativo, quando há algumas limitações impostas pelo Poder Público.

Já o direito privado trata das relações entre os particulares e tem no direito civil o principal representante desse ramo.

Arnaldo Vasconcelos (2006, p.229), consubstanciado nos ensinamentos de Jellinek, esclarece que a diferença entre normas de Direito Público e normas de Direito Privado advém

da natureza da relação que estabelecem. Assim, se a norma vincula sujeitos situados no mesmo plano de igualdade, a relação é de coordenação, e a norma, de Direito Privado. Por outro lado, se os sujeitos vinculados estão em posição de desigualdade, o que ocorre quando se confrontam um particular e o Estado, a relação é de subordinação, e a norma respectiva, de Direito Público.

Vale destacar que Hans Kelsen, citado por Arnaldo Vasconcelos (2006, p.229), defende que, em última análise, todo direito se reduz a Direito Público, donde resulta a faculdade concedida ao Estado de obrigar os súditos através de uma manifestação unilateral de vontade.

Entretanto, Hans Kelsen (2012, p. 309-312) também faz a distinção entre Direito Público e Privado, ao destacar que este último representa uma relação de sujeitos em posição de igualdade, ou seja, sujeitos que juridicamente têm o mesmo valor. Já o Direito público teria uma relação entre um sujeito supra-ordenado e um sujeito subordinado, entre dois sujeitos, portanto, dos quais um tem, em face do outro, um valor jurídico superior. Percebe-se, assim, que há uma hierarquia e subordinação nesse último conceito.

O autor destaca, além disso, o caráter ideológico do dualismo de Direito público e privado, ao mencionar que a Teoria Pura do Direito relativiza a oposição, tornada absoluta pela ciência jurídica tradicional e transforma-a de uma oposição extra-sistemática numa distinção intra-sistemática, destruindo a ideologia que está ligada à absolutização da oposição em causa.

José de Oliveira Ascensão (2001, p. 345-347) esclarece que a ordem jurídica é uma, mas seu estudo impõe a demarcação de setores, o que se chama de ramos do direito. Na divisão entre direito público e privado, o autor explica que existem diversos critérios, mas delimitou o estudo em três. O primeiro refere-se ao interesse. O Direito público visaria à satisfação de interesses públicos e o privado a satisfação de interesses privados. O segundo critério seria o referente à qualidade dos sujeitos. Seria público o direito que regulasse situações em que interviesse o Estado e privado o direito que regulasse as situações dos particulares. Por fim, o critério da posição dos sujeitos. O Direito público seria o que constitui e organiza o Estado e outros entes públicos e regula sua atividade e o Direito privado seria o que regula as situações em que os sujeitos estão em posição de paridade.

Ascensão destaca que o último critério seria o que mais corretamente explica a divisão tradicional, asseverando que o Direito público e Direito privado são indispensáveis e

entre si complementares, devendo haver uma coordenação entre eles.

Percebe-se que a classificação apresentada por Ascensão resume as diversas divisões apresentadas pelos doutrinadores, entretanto, como as primeiras classificações poderiam apresentar falhas mais graves, constata-se que sua escolha pelo critério da posição dos sujeitos representa a que mais se aproxima de um modelo ideal.

Independente da relevância ou não dessa divisão, considerando o fortalecimento das constituições nas últimas décadas, passou-se a valorizar mais as diretrizes impostas pelas constituições dos países e, por conseguinte, as relações privadas começaram a sofrer mais interferência do Estado, haja vista a necessidade de se equilibrar algumas relações próprias de direito privado.

Assim, um simples contrato de compra e venda ou de trabalho passou a ter regras de direito público, pois algumas vantagens exageradas para uma das partes estava causando diversos prejuízos para a outra parte menos favorecida, principalmente aquela com baixo poder aquisitivo.

Dessa forma, além da intervenção de regras de direito público na seara privada, surgiram também regras de direito privado nas constituições de alguns países, ou seja, passou-se a dar um status constitucional a regras outrora tratadas apenas no âmbito infraconstitucional.

Nessa concepção, Carlos Cossio, citado por Arnaldo Vasconcelos (2006, p.230), esclarece que não pode haver nenhuma figura concreta de Direito positivo que seja puro direito público ou puro direito privado, sendo que sempre haverá de ser ambas as coisas em maior ou menor proporção. Dessa forma, Vasconcelos corrobora da afirmativa para dizer que é apta para enfrentar a realidade contemporânea da evolução do Direito, que se centraliza nos fenômenos da publicização e socialização.

Georges Ripert, citado por Vicente Ráo (1999, p.248-249), entende que a publicização do direito significa o mesmo que socialização do direito, ou seja, a publicização é o meio de tornar social o direito.

Ripert, citado por Arnaldo Vasconcelos (2006, p. 234), identifica as cinco formas mais comuns pelas quais o Estado se propõe realizar a publicização: a) a proibição de certos atos (contratos e negócios); autorização administrativa para determinados serviços e explorações; c) a imposição de obrigações; d) vigilância sobre as atividades privadas; e)

estatização e nacionalização.

No Brasil, percebe-se uma grande influência da publicização no direito civil, conforme pode se vê no artigo 2.035, parágrafo único, do Código Civil: “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos neste código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”.

Essa publicização do direito civil acabou por influenciar o direito constitucional, o qual se tornou o ramo mais importante de muitos ordenamentos jurídicos, o que tem levado alguns intérpretes a utilizar a expressão “constitucionalização do direito” de maneiras diferentes.

Virgílio Afonso da Silva (2011) esclarece que a constitucionalização do direito oportuniza a irradiação dos efeitos das normas (ou valores) constitucionais aos outros ramos do direito. Assim, as normas constitucionais tornam-se progressivamente o fundamento comum dos diversos ramos do direito e a distinção entre direito público e direito privado é relativizada.

Segundo Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2009, p.39), não se deve confundir a constitucionalização do Direito Civil com a publicização do Direito Civil. Enquanto a constitucionalização do Direito Civil implica a migração das regras e princípios fundamentais do Direito Privado para a sede constitucional, sem alterar a natureza privada da norma jurídica, a publicização do Direito Civil resulta de uma interferência estatal em determinadas relações privadas, com o escopo de nivelar a posição das partes, evitando que a superioridade econômica de uma delas prejudique a outra e conferindo uma certa dose de caráter público a uma relação cuja natureza, originariamente, era estritamente privada.

Percebe-se que a abordagem dos autores é um pouco diferente do que foi apresentado por Virgílio Afonso, pois a constitucionalização do direito civil, segundo aqueles, seria a migração de regras de direito civil para a constituição, como, por exemplo, assuntos decorrentes da relação familiar, que estão dispostos nos artigos 226 e 227 da Constituição Federal brasileira.

Já a publicização do direito civil, segundo Chaves e Rosendal, seria a interferência estatal em relações privadas para tentar igualar as partes envolvidas.

Luís Roberto Barroso (2013, p.378-396) esclarece que a locução constitucionalização do Direito pode representar, por exemplo, qualquer ordenamento jurídico no qual vigorasse

uma Constituição dotada de supremacia. Poderia servir, ainda, para identificar o fato de a Constituição formal incorporar em seu texto inúmeros temas afetos aos ramos infraconstitucionais do Direito. Por fim, adota a mesma posição de Virgílio Afonso, pois entende que a constitucionalização do Direito está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.

O autor comenta sobre a relação do Direito Civil com o Direito Constitucional, asseverando que houve três fases, sendo a primeira a referente aos mundos apartados, ou seja, não havia comunicação entre as áreas. A segunda fase trata da publicização do direito privado, em que a solidariedade social e a função social das instituições como a propriedade e o contrato representaram a intervenção do Estado nas relações entre os particulares, mediante a introdução de normas de ordem pública. É a fase do dirigismo contratual. Já a terceira fase trata da constitucionalização do direito civil, em que a Constituição passa para o centro do sistema jurídico, impondo um conjunto de valores e princípios, como função social da propriedade e a boa-fé objetiva, por exemplo.

Apesar das divergências apresentadas, verifica-se que há consenso quanto à interferência estatal em relações privadas, o que pode ser interessante ao se tentar equilibrar os direitos das partes envolvidas, contudo, por outro lado, uma grande interferência na esfera privada poderá ocasionar uma violação à autonomia privada.

Nesse aspecto, surgiram teorias acerca da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais e da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais. Para isso, deve-se avaliar um critério de ponderação entre os princípios da livre iniciativa e da autonomia da vontade, de um lado, e o direito fundamental em análise, de outro lado.

A constitucionalização do direito, com esteio nos ensinamentos de Virgílio Afonso e Luís Roberto Barroso, parece até ser o entendimento mais coerente para o estudo na interferência Estatal nas relações privadas, contudo não se pode desprezar a análise da transferência de direitos que estavam previstos em leis e passaram a ter amparo constitucional.

Percebe-se que os direitos mais importantes, portanto, fundamentais, receberam a oportunidade de fazerem parte da Constituição Federal de 1988, motivo pelo qual se torna necessário um melhor estudo dos direitos individuais e sociais.

Vale ressaltar que o fato de os direitos decorrerem de uma determinada área não

impõe a sua vinculação ao Direito público ou privado, pois o simples fato de pertencerem ao ordenamento jurídico, seja na Constituição ou leis infraconstitucionais, de forma direta ou indireta, já estabelece que fazem parte de um núcleo de proteção determinado.

Assim, independente da relevância ou não da dicotomia entre Direito público e Direito privado, os direitos individuais e sociais representam o objeto imediato de estudo dos juristas, pois estão em conflitos constantes, cabendo ao intérprete buscar a melhor alternativa para garantir os direitos fundamentais aos cidadãos.

## **2. OS DIREITOS INDIVIDUAIS E SOCIAIS.**

Os direitos individuais e sociais possuem uma relação direta com momentos históricos de evolução do Estado, como o surgimento do Estado Liberal e o Estado Social.

Ingo Sarlet (2009, p.36-37) esclarece que somente a partir do reconhecimento e da consagração dos direitos fundamentais pelas primeiras Constituições é que assume relevo a problemática das assim denominadas “gerações” (ou dimensões) dos direitos fundamentais, visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático (material) de direito), bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes neste contexto e que poderiam ser considerados. Assim fica subentendida a ideia de que a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu status constitucional material e formal.

A Revolução Francesa, em 1789, com inspiração iluminista e pensamento nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade possui maior vinculação com os direitos individuais, principalmente de liberdade.

Já na Revolução Industrial percebe-se o surgimento de vários direitos sociais, tendo ocorrido uma busca da preservação do princípio da igualdade.

Dessa forma, os direitos fundamentais possuem duas funções, quais sejam: limitação do poder (função liberal) e promoção da dignidade da pessoa humana (função social).



Para se entender melhor a evolução dos direitos fundamentais, torna-se necessário saber o significado de direitos do homem e direitos humanos.

Norberto Bobbio (1992, p. 01-05) assevera que sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem condições mínimas para a solução pacífica de conflitos. O autor esclarece que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

Bobbio (1992, p.21) destaca, ainda, que todas as declarações dos direitos do homem compreendem, além dos direitos individuais tradicionais, que consistem em liberdades, também os chamados direitos sociais, que consistem em poderes. Os primeiros exigem da parte dos outros (incluídos aqui os órgãos públicos) obrigações puramente negativas, que implicam a abstenção de determinados comportamentos; os segundos só podem ser realizados se for imposto a outros (incluídos aqui os órgãos públicos) um certo número de obrigações positivas. São antinômicos no sentido de que o desenvolvimento deles não pode proceder paralelamente: a realização integral de uns impede a realização integral dos outros. Quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos.

Com Rousseau (1712-1778), na França, Tomas Paine (1737-1809), na América, e com Kant (1724-1804), na Alemanha (Prússia), que, no âmbito do iluminismo de inspiração jusnaturalista, culminou o processo de elaboração doutrinária do contratualismo e da teoria dos direitos naturais do indivíduo, tendo sido Paine quem na sua obra popularizou a expressão “direitos do homem” no lugar do termo direitos naturais. É o pensamento kantiano, nas palavras de Norberto Bobbio, contudo, o marco conclusivo desta fase da história dos direitos humanos. Assim, para Kant, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens (SARLET, 2009, p.40).

Carl Schmitt, citado por Paulo Bonavides (2003, p.561), destaca que os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. Numa acepção estrita são unicamente os direitos de liberdade, da pessoa particular.

Dessa forma, Paulo Bonavides (2003, p. 562-564) esclarece que os direitos do homem ou da liberdade, se assim podemos exprimi-los, eram ali “direitos naturais, inalienáveis e sagrados”, direitos tidos também por imprescritíveis, abraçando a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Segundo o autor, os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos. Têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. Entram na categoria do *status negativus* da classificação de Jellinek.

Já os direitos da segunda geração dominam o século XX e são chamados de direitos sociais, culturais, econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Ingo Sarlet (2009, p.29) destaca que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado. Já os direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional.

Assim, os direitos do homem têm como titular o ser humano, mas não estão escritos. Os direitos humanos já estão positivados no âmbito internacional e os direitos fundamentais são direitos do homem e direitos humanos positivados nas constituições.

Os direitos individuais, segundo José Afonso da Silva (2009, p.191) constituem “direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado”.

Para o autor, “Os direitos coletivos são direitos fundamentais do homem-membro de uma coletividade”. Boa parte dos direitos coletivos são direitos individuais de expressão

coletiva, como as liberdades de reunião, associação.

Conforme Ingo Sarlet (2009, p. 172-173), os direitos individuais e coletivos correspondem, em princípio, aos clássicos direitos de liberdade, exercendo primordialmente direitos de defesa. O autor faz algumas ressalvas. Os direitos de liberdade, ainda que sejam direitos individuais, não se identificam (no sentido de serem a mesma coisa) com estes. Da mesma forma, é equivocada a concepção que identifica os direitos sociais como os direitos coletivos ou institucionais, na medida em que todos os direitos sociais são, acima de tudo, direitos outorgados à pessoa individual.

Os direitos sociais objetivam a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais.

Segundo Arnaldo Vasconcelos (2006, p.231), a temática do Direito Social foi levantada, inicialmente, por Peregrino Rossi. Em 1837, portanto, dez anos antes do Manifesto Comunista de Marx-Engels, publica o jusfilósofo italiano suas *Observações sobre o Direito Civil Francês Considerado em suas Relações com o Estado Econômico da Sociedade*, onde, com pioneirismo e argúcia, põe a questão do descompasso entre a dinâmica da vida social, decorrente do progresso econômico, e a estática da ordem jurídica, composta de leis que já nasciam desatualizadas.

O autor destaca que o advento do Direito Social decorre, pois, da nova concepção de democracia, de base econômica e caráter intervencionista.

Gurvitch, citado por Vasconcelos (2006, p. 234), esclarece que, enquanto a relação de subordinação identificaria o Direito individual, a relação de coordenação ou de inordinação apontaria o Direito Social. Sob outro prisma, Radbruch tem que o Direito Social “põe em lugar do pensamento liberal de igualdade o pensamento social de igualação”.

Cabe ressaltar que o termo Direito Social é utilizado por alguns doutrinadores como ramo do direito, ou seja, além do Direito Público e Privado existiria o Direito Social, em que o Direito Previdenciário e Trabalhista, por exemplo, fariam parte, já que apresentam muitos direitos sociais. Apesar disso, esse entendimento é minoritário.

Quanto ao aspecto de direito subjetivo, os direitos sociais fazem parte da segunda dimensão e tiveram forte inspiração da Constituição Mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919.

No Brasil, os direitos sociais encontram previsão no artigo 6º da Constituição Federal

de 1988, tendo sido escolhidos os seguintes direitos: educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Os direitos sociais encontram dificuldade de implementação, haja vista as limitações financeiras dos Estados, os quais alegam a reserva do possível.

A saúde, por exemplo, representa um direito social de difícil efetivação, pois o sistema brasileiro é muito abrangente e não há verba suficiente para cobrir todas as contingências. O Estado utiliza o argumento da reserva do possível para não cumprir todas as demandas apresentadas.

Conforme Ingo Sarlet (2009, p. 287), a reserva do possível apresenta pelo menos uma dimensão tríplice que abrange: a) a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos materiais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas; c) o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Alexy, citado por Sarlet (2009, p.344), empreendeu a tentativa de harmonizar os argumentos favoráveis e contrários a direitos subjetivos a prestações sociais numa concepção calcada na ideia da ponderação entre os princípios. Assim, se de um lado temos o princípio da liberdade fática (ou liberdade real), de outro encontram-se princípios da competência decisória do Legislativo, o princípio da Separação dos Poderes e princípios materiais relativos à liberdade jurídica de terceiros, outros direitos sociais ou mesmo bens coletivos.

Vale ressaltar que o Estado deve, fundamentalmente, justificar a não efetivação do direito social, pois não é plausível simplesmente dizer que não pode cumprir a obrigação devido à reserva do possível. Há inúmeros casos em que a verba destinada à saúde é objeto de desvios, o que tem levado o Poder Judiciário a intervir.

Trata-se da judicialização da política, em que o Poder Judiciário intervém em políticas públicas com a finalidade de garantir aos cidadãos os seus direitos.

Felipe Braga Albuquerque (2013, p.43) esclarece que a judicialização da política é uma consequência da supremacia da Constituição, que colocou os três poderes na mesma hierarquia, e do controle de constitucionalidade, possibilitando a interferência do Judiciário em questões que historicamente não lhe pertenciam.

Dessa forma, já existem até decisões que determinam a transferência de valores do orçamento de publicidade e propaganda do Estado para a aplicação na saúde. Para exemplificar, cita-se decisão liminar proferida por Juiz da Seção Judiciária em Santa Catarina<sup>2</sup>.

Nesse aspecto, Hugo de Brito Machado Segundo (2010, p.198-199) destaca que um maior investimento em saúde e, principalmente em educação, parece ser um meio para incrementar a liberdade e a igualdade das pessoas e, com isso, a efetividade do regime democrático. Ademais, assevera que os gastos com propaganda governamental têm a ver com gastos com saúde e educação, principalmente quando estes não são efetivados em patamares considerados suficientes por conta da alegada falta de recursos financeiros.

É importante conhecer, também, o posicionamento de Gilmar Mendes, Inácio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet (2007), os quais esclarecem que diante desse quadro de limitação de recursos e de agravamento das desigualdades sociais, no Brasil como em outros países periféricos, vão se tornando cada vez mais tensas as relações entre a sociedade e os Poderes do Estado.

Apesar dos conflitos existentes entre o Estado e os cidadãos, para a efetivação dos direitos sociais, há a necessidade de se garantir o mínimo existencial, o qual, segundo Ana Paula Barcelos (2002, p, 258) seria composto por três condições materiais e uma instrumental para a existência da dignidade humana: “educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça”.

Assim, caberia ao Estado garantir pelo menos o núcleo básico disposto acima, o qual é apresentado de diversas maneiras por alguns doutrinadores, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Vale ressaltar que, além disso, existe a proibição ao retrocesso (efeito cliquet), a qual é apresentada por Canotilho (2002, p.336) da seguinte forma: “É inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios”.

Verifica-se, portanto, que os direitos individuais e sociais, atualmente, possuem um contexto bem mais abrangente e alcançam até as relações privadas, seja devido a constitucionalização do direito, decorrente da irradiação dos direitos fundamentais por todo o

---

<sup>2</sup> Ação Civil Pública n 5021354-24.2013.404.7200/SC.

ordenamento jurídico, ou até pela própria natureza dos referidos direitos, que exigem das pessoas atitudes que, direta ou indiretamente, possuem esteio constitucional.

Virgílio Afonso da Silva (2011, p.93) cita como exemplo o RE 158.215, em que o STF se deparou com um caso de expulsão de associados de uma cooperativa, contudo não houve a observância de regras estatutárias relativas a tal procedimento. Nesse caso, o Ministro Marco Aurélio de Mello entendeu que houve uma violação a um direito fundamental, mais especificamente a garantia da ampla defesa.

A verdade é que os direitos individuais e sociais encontram-se por todo o ordenamento jurídico, seja na Constituição Federal, como em leis, decretos, portarias, entre outros e, com base no princípio da máxima efetividade, devem ser cada vez mais valorizados e implementados.

Assim, não se pode querer classificá-los como pertencentes ao Direito público ou privado, já que o critério de ser norma de status constitucional ou infraconstitucional não é relevante para o entendimento dos direitos individuais e sociais, sendo mais coerente verificar se a relação jurídica, na qual o direito individual ou social faz parte refere-se a uma subordinação ou coordenação.

Destaque-se que o autor Pontes de Miranda (1999, p.169-185) esclarece que à relação jurídica pode corresponder somente um direito, de modo que esse lhe exaure o conteúdo, ou dois ou mais direitos. De ordinário, ela abre margem ao surgimento de direitos e deveres, pretensões, obrigações, ações e exceções. A relação jurídica pode durar mais que os direitos, mas também pode durar menos. O autor destaca, ainda, que as relações jurídicas são juridicização de relações inter-humanas. Enfim, o autor define a relação jurídica como uma relação inter-humana, a que a regra jurídica, incidindo sobre os fatos, torna jurídica.

As relações jurídicas formadas, portanto, são importantes para definir, conforme o critério da posição dos sujeitos, se a situação tratada refere-se ao Direito público ou privado, contudo, muitas vezes, a dificuldade de se delimitar o objeto é que vai levar ao questionamento acerca da relevância da distinção.

Verifica-se, assim, que a socialização dos direitos tornou-se algo natural nos ordenamentos jurídicos modernos, o que motiva a se pensar sobre as vantagens e desvantagens, devendo ser feita uma reflexão para se buscar uma alternativa viável para equilibrar ou solucionar os conflitos existentes.

Vale ressaltar que os problemas da socialização não atingem apenas as relações privadas, pois cabe ao Estado, diante de uma relação de subordinação, também cumprir sua obrigação constitucional e garantir os direitos individuais e sociais.

### **3. OS PROBLEMAS DA SOCIALIZAÇÃO.**

Apesar das vantagens decorrentes da socialização, surgem alguns problemas, tais como: a) enfraquecimento da autonomia privada e do próprio Direito Privado; b) ingerência do Estado em áreas outrora exploradas; c) dificuldade de redução/abolição de direitos sociais (vedação ao retrocesso); d) dificuldade de o Estado garantir os direitos sociais aos cidadãos, haja vista os limites orçamentários.

A autonomia privada representa o poder que os particulares têm de estabelecer as diretrizes das relações que participam. Assim, em um caso de compra e venda de uma propriedade, por exemplo, os particulares poderiam estabelecer o preço, condições do contrato, forma de pagamento, entre outros aspectos.

Entretanto, diante do desequilíbrio latente em algumas relações, o Estado começou a intervir para assegurar uma relação mais justa entre as partes. O artigo 2035 do Código Civil Brasileiro impõe o respeito à função social da propriedade e dos contratos.

Os direitos sociais também começam a incidir nas relações privadas, em que os particulares também devem abster-se de violar a esfera de proteção de bens jurídicos tratados por normas de direitos sociais. Assim, os planos de saúde, por exemplo, não podem aumentar os valores das prestações de forma ilimitada ou uma escola particular não pode negar o acesso a uma criança deficiente.

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2009, p.61) esclarecem que fruto dessa socialização das relações patrimoniais, apesar da histórica influência da autonomia da vontade, é certo que o Direito Civil no Brasil, principalmente após a Constituição de 1988, sofreu alterações relevantes no seu conteúdo valorativo. Assim, a função social do direito civil consiste na manutenção de uma relação de cooperação entre os partícipes das relações jurídicas, bem como entre eles e a sociedade, a fim de que seja possível, ao seu término, a consecução do bem comum da relação jurídica.

Dessa forma, a autonomia privada perde um pouco a sua força quando se exige que

também exista uma relação dos partícipes com a sociedade.

O enfraquecimento da autonomia da vontade acarreta, por conseguinte, algumas limitações, as quais, em algumas ocasiões pode levar o Poder Público a alegar que se está cumprindo a função social da propriedade, por exemplo, em busca do interesse da coletividade, contudo pode existir algum interesse especulativo.

Assim, a intervenção do Estado em área outrora explorada pode gerar excessos, prejudicando a liberdade do cidadão. Destaque-se que o Poder Público deve agir com proporcionalidade e razoabilidade, evitando-se interferências desnecessárias e abusivas.

Da mesma forma, a socialização do direito gera uma dificuldade de delimitação e concretização de alguns direitos, algumas vezes sob o fundamento de insuficiência orçamentária, acarretando colisões de interesses.

Para isso, deve-se utilizar a técnica de ponderação de interesses quando houver colisão de normas, contudo deve-se estabelecer como centro o valor da dignidade da pessoa humana.

Robert Alexy (2014, p.154) explica muito bem essa situação, destacando sobre a lei da ponderação, em que a ideia fundamental da otimização é a seguinte: “quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio”.

Luís Roberto Barroso (2013, p.360-363) explica que a ponderação é uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. O autor apresenta três etapas. A primeira etapa exige do intérprete que verifique no sistema as normas relevantes para a solução do caso, identificando eventuais conflitos entre elas. Na segunda etapa, cabe examinar os fatos, circunstâncias concretas do caso e sua interação com os elementos normativos.

Por fim, na terceira etapa, os diferentes grupos de normas e a repercussão dos fatos no caso concreto estarão sendo examinados de forma conjunta, de modo a apurar os pesos que devem ser atribuídos aos diversos elementos em disputa, e, portanto, o grupo de normas que deve preponderar no caso. Após, deve-se decidir o grau apropriado em que a solução deve ser aplicada, tudo com esteio no princípio da proporcionalidade ou razoabilidade.

O autor cita como exemplo o debate acerca da denominada “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”, envolvendo a aplicação das normas constitucionais às relações



privadas, em que se contrapõem a autonomia da vontade e a efetivação dos direitos fundamentais.

Como a socialização do direito gera algumas garantias aos cidadãos, há uma grande dificuldade de cumprimento das diretrizes impostas pela Constituição Federal, pois a colisão de interesses acontecerá a todo momento, seja diante de relações privadas ou em face do Estado.

Dessa forma, caberá ao intérprete buscar a melhor alternativa para a resolução dos conflitos, utilizando-se a técnica da ponderação ou sopesamento, em casos em que a subsunção não seja eficaz. Vale ressaltar que, para isso, há a necessidade de conhecimento dos direitos individuais e sociais, pois, apesar dos benefícios decorrentes da socialização, a indefinição de qual direito deve prevalecer pode ocasionar certa insegurança jurídica.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O fenômeno da publicização do Direito está pautado pela necessidade de algumas relações jurídicas sofrerem a interferência estatal, haja vista que o ilimitado uso da autonomia da vontade poderia levar a um desequilíbrio natural de algumas situações, principalmente na disputa de direitos entre partes de poderio econômico diferente.

Para se entender essa situação, foi necessário o estudo do Direito público e privado, principalmente diante dos questionamentos acerca da necessidade dessa dicotomia, pois há uma relação intrínseca entre os ramos do Direito, sendo difícil afirmar que algo faça parte do Direito público ou privado de forma exclusiva.

Assim, optou-se por utilizar o entendimento de Ascensão, o qual apresenta relevante a distinção no que se refere a posição dos sujeitos, destacando uma relação de subordinação e coordenação.

Ademais, verificou-se que alguns autores entendem que o termo publicização e socialização são semelhantes, haja vista a necessidade de seguirem os ditames da ordem social.

Foi avaliada a diferença existente entre publicização do direito e constitucionalização do direito, sendo destacado o entendimento de Virgílio Afonso da Silva e Luís Roberto

Barroso, os quais apontam que a constitucionalização representa a irradiação de normas e valores constitucionais para os outros ramos do Direito.

Considerando que a Constituição passou a ser o centro do sistema jurídico, atuando como filtro axiológico, muitos direitos outrora tratados nas leis infraconstitucionais passaram a ter status constitucional, o que acarretou uma procura maior para a efetivação desses direitos, principalmente sociais.

Destacou-se a formação dos direitos, comentando sobre a diferença entre direito do homem, direitos humanos e direitos fundamentais, fazendo-se a devida classificação das dimensões.

Estabeleceram-se aspectos acerca das dificuldades de efetivação dos direitos sociais, principalmente diante do argumento estatal da existência da reserva do possível. Por outro lado, argumentou-se sobre o mínimo existencial, sendo necessário garantir aos cidadãos uma vida digna.

Por fim, comentou-se sobre os problemas da socialização, em que ocorre uma maior limitação da autonomia da vontade, ou seja, restringe-se um direito individual para garantir um direito mais compatível com os interesses da sociedade. Ademais, a dificuldade de efetivação dos direitos sociais caracteriza-se como outro problema, já que o Estado não possui condição de cumprir todos os seus deveres constitucionais, devido às limitações orçamentárias.

Assim, diante do conflito de interesses, passa a ser necessária a utilização da técnica da ponderação, com esteio no princípio da proporcionalidade, buscando-se o melhor direito, sem esquecer a dignidade da pessoa humana.

Diante disso, verifica-se que a publicização é um fenômeno importante para o sistema jurídico, pois autoriza a imposição de normas de ordem pública em relações privadas, em que há uma relativização do princípio da autonomia da vontade.

Não pode ser confundido com a constitucionalização do Direito, a qual oportuniza a irradiação de normas e valores constitucionais para diversos ramos do direito, o que faz surgir o estudo da eficácia direta e indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Além do diálogo das fontes como mecanismo de aplicação das normas de Direito Privado, ou seja, a possibilidade de aplicação simultânea, coerente e coordenada de diferentes fontes legislativas convergentes, deve-se buscar na própria Constituição Federal o fundamento

para garantir os direitos aos cidadãos, sem a necessidade de lei específica para tratar do assunto, haja vista o princípio da máxima efetividade.

Por outro lado, considerando a socialização dos direitos, há a necessidade de o Judiciário intervir mais para a efetivação de alguns direitos, contudo deverá agir com cautela, aplicando a técnica da ponderação, quando necessário.

Vale ressaltar que a relação vertical entre o Estado e o cidadão também deve ser avaliada nesse contexto de socialização, pois, a partir do momento em que se tenta proteger a parte mais fraca em uma relação jurídica sob o aspecto horizontal, o próprio ente público, no aspecto vertical, também deve sofrer as devidas limitações para a garantia dos direitos dos cidadãos.

O Estado deve, portanto, servir de exemplo na garantia dos direitos individuais e sociais, para que tenha legitimidade de respaldar a sua intervenção nas relações privadas.

A constitucionalização do direito, portanto, ao permitir que normas e valores constitucionais irradiem por todo o ordenamento jurídico acaba por estabelecer a necessidade de o Estado e os particulares vincularem-se aos direitos fundamentais, os quais devem ser cumpridos da melhor maneira possível. Com o surgimento desse fenômeno, a dicotomia entre Direito público e privado perde força, mas, por outro lado, o estudo dos direitos fundamentais estabelece-se.

Enfim, seja na intervenção pública nas relações privadas ou até na relação do cidadão com o Estado, deve-se buscar um equilíbrio nas relações jurídicas, com esteio no princípio da proporcionalidade e dignidade da pessoa humana, garantindo-se os direitos fundamentais dos cidadãos.

## **REFERÊNCIAS**

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito – introdução e teoria geral**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

- BARCELLOS, Ana Paula. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRAGA, Felipe. **Direito e Política. Pressupostos para a análise de questões políticas pelo judiciários à luz do princípio democrático.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil. Teoria Geral.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Fundamentos do Direito.** São Paulo: Atlas, 2010.
- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado.** Campinas: Bookseller, 1999, cap. V, §§ 39 a 43.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2007.
- RAO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos.** 5.ed. São Paulo: RT, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais,** 10 ed, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.
- SILVA, Jose Afonso da. **Curso de direito Constitucional positivo.** 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA. Virgílio Afonso da. **A Constitucionalização do Direito. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares,** 1ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da Norma Jurídica.** 6 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2006.