

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -
CURITIBA**

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

GUSTAVO RABAY GUERRA

DAVID AUGUSTO FERNANDES

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598

Direitos e garantias fundamentais V [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: David Augusto Fernandes, Gustavo Rabay Guerra – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-355-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34



XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS V

Apresentação

Com o término da Segunda Guerra Mundial a sociedade internacional passou a ver o ser humano de forma diferente, favorecendo a maturação de vários direitos, que anteriormente existiam, mas não possuíam efetividade. Entre estes direitos estão aqueles que compõem o núcleo rígido e irreduzível de direitos e garantias fundamentais, que a cada dia se sedimentam no ambiente social com maior vigor. Muitos desses, por vezes, ainda em fase de enunciação teórica, jurisprudencial e, até mesmo, de sua legalidade constitutiva.

Neste XXV Congresso do CONPEDI Curitiba, no Grupo de Trabalho de Direitos e Garantias Fundamentais V, o tema em comento irradiou a ilação de vários operadores do Direito, que neste evento participaram, tendo eles disponibilizado destacado tempo de pesquisa para produzi-los, buscando trazer a luz suas visões e reflexões alusivas aos Direitos e Garantias Fundamentais, objetivando uma maior divulgação do mesmo, estando neste momento a disposição de todos os interessados para sua livre apreciação e análise.

Os temas apresentados refletiram o que há de mais atual na percepção da adequada dimensão político-constitucional dos direitos fundamentais, espraiando-se por diferentes perspectivas, muitas delas opostas em seu sentido mais evidente, mas intimamente unidas quando debatidos de modo essencial as razões afirmativas e pressupostos dos direitos e garantias postos na ordem jurídica nacional e internacional. Especial atenção se teve com a imensa diversidade de campos de formação e atuação dos participantes, com destaque para aqueles oriundos da academia, da advocacia, do Ministério Público, dos órgãos jurisdicionais e até da alta judicatura nacional (STJ).

Seja por meio de discussões em torno da teoria geral dos direitos e garantias fundamentais, da função da jurisdição constitucional, inclusive do ativismo crescente, os trabalhos apresentados perpassaram novos e antigos dilemas práticos e teóricos, tais como aqueles que envolvem valores centrais do Estado democrático – dignidade humana, saúde, propriedade, intimidade, honra, privacidade, liberdade de consciência religiosa, meio ambiente equilibrado, direito à origem genética, igualdade, solidariedade – e discussões incrivelmente recentes, como a questão do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado, a questão do direito ao esquecimento, a natalidade e encarceramento feminino no Brasil, o acesso dos refugiados aos esportes, e, finalmente, a corrupção e a restrição dos direitos fundamentais.

A transversalidade dos temas assegurou um rico debate e a possibilidade de se olhar de forma múltipla, dinâmica e, ao mesmo tempo, consubstanciada, para diversos matizes sociais, econômicos, culturais e, claro, jurídico-dogmáticos relacionados aos Direitos e Garantias Fundamentais. Em síntese, estudos edificantes e muitas questões levantadas para construções e interlocuções. Que se sigam outros tão bons quanto o vertente!

David Augusto Fernandes - Pós-doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra/Portugal, Doutor e Mestre em Direito. Professor Adjunto do Instituto de Ciências da Sociedade da Universidade Federal Fluminense/Macaé. Líder do grupo de pesquisa denominado “Direito Penal Internacional: seus crimes, sua incidência na sociedade brasileira e os Direitos Humanos”, da UFF/Macaé. Delegado de Polícia Federal. Email: davidaf@id.uff.br.

Gustavo Rabay Guerra - Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor Adjunto da Universidade Federal da Paraíba. Professor da Faculdade Internacional da Paraíba (FPB). Líder dos grupos de pesquisa do Laboratório Internacional de Investigação sobre Transjuridicidade, Justiça e Política, ambos da UFPB. Sócio do Rabay, Bastos e Palitot Advogados. Email: grabay@rbpadvogados.com.br.

A FUNÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

THE ROLE OF FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS IN THE 1988 CONSTITUTION

Glauco Roberto Marques Moreira¹
Eliana Franco Neme²

Resumo

O estudo analisa as funções dos direitos fundamentais sociais como direitos a prestações e direitos de defesa na Constituição de 1988. O tema está relacionado à eficácia dos direitos fundamentais sociais. O estudo está baseado na análise da fundamentalidade material e formal dos direitos fundamentais, o regime jurídico especial a que estão submetidos, a compreensão das dimensões objetivas e subjetivas desses direitos e da influência da teoria dos status de Georg Jellinek, para só então adentrar a questão central da funcionalidade dos direitos fundamentais sociais como direitos a prestações e direitos de defesa.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais, Fundamentalidade, Função, Prestações, Defesa

Abstract/Resumen/Résumé

The study analyzes the functions of social fundamental rights as rights to benefits and rights of defense in the Constitution of 1988. The theme is related to the effectiveness of social fundamental rights. The study is based on the analysis of the formal and material fundamentality of fundamental rights, the special legal regime to which they are submitted, understanding the objective and subjective dimensions of these rights and the influence of the theory of status of Georg Jellinek, then so enter the central question of social fundamental rights as rights to benefits and rights of defense.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental social rights, Fundamentality, Function, Accomplishment, Defense

¹ O autor é doutorando e Mestre em Direito Constitucional na ITE-Bauru/SP, Delegado de Polícia de São Paulo e professor na Toledo Prudente Centro Universitário.

² A autora é doutora em Direito Constitucional pela PUC/SP, professora dos cursos de Graduação e de Pós Graduação da ITE-Bauru/SP e da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, USP

1. INTRODUÇÃO

Parece que após o advento da Constituição de 1988 a academia passou a se preocupar muito mais com o estudo dos direitos fundamentais e o reflexo das normas de proteção estabelecidas pelo texto maior ao inaugurar uma nova fase da sociedade brasileira. Por essa razão, são incontáveis os livros, artigos, projetos de pesquisa, conferências e trabalhos acadêmicos em geral sobre este tema, o que se por um lado traz a lume a diversidade do pensamento jurídico, social e filosófico sobre o tema, esclarecendo e enriquecendo o debate, traz também como consequência a dificuldade de apresentação de uma nova perspectiva sobre a matéria, como o que pretendemos fazer aqui.

Neste contexto o presente artigo tem como objetivo tentar evidenciar e esclarecer a função que os direitos fundamentais sociais assumem na Constituição de 1988 como direitos a prestação e direitos de defesa. De fato, a doutrina constitucional aponta outras funções aos direitos fundamentais sociais, que não foram abordadas neste breve estudo, tal como direitos à proteção, direito à participação, direito à organização e procedimento, dentre outras. Porém, a delimitação do objeto do estudo no campo, como direitos de prestação e de defesa, limitou o âmbito deste texto.

A doutrina dos direitos fundamentais é autoexplicativa no sentido de desonerar seus pesquisadores da tarefa de evidenciar sua importância, mas o que aqui tentaremos demonstrar é que existe um sistema constitucional de proteção aos direitos fundamentais que só será efetivamente implementado na medida em que os desejos constituintes somados ao desenvolvimento das estruturas de interpretação e aplicação das normas fundamentais sejam capazes de oferecer aos indivíduos a vida digna solenemente enunciada pelo texto de 1988.

A análise dos direitos sociais como direitos de prestação e defesa deve certamente ocupar importante destaque na análise da eficácia e da aplicabilidade das normas constitucionais, na exata medida em que esta preocupação (nacional e estrangeira) está inserida em uma temática mais ampla que é o combate à ineficácia das normas constitucionais. Neste trabalho, a abordagem se reduzirá à questão da (multi)funcionalidade dos direitos fundamentais sociais, mas que pretende apresentar-se como uma colaboração ao debate.

Após justificar a opção pela terminologia empregada no estudo, buscamos destacar a fundamentalidade destes direitos nos seus aspectos material e formal, visando guarnecer esses direitos de suporte normativo constitucional para sua proteção específica e implementação

diferenciada, e a partir daí fundamentar os direitos sociais em si, bem como perscrutando o regime jurídico a que estão submetidos pela Constituição.

Em seguida, apresentaremos as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais e o papel que desempenham no ordenamento jurídico, numa concepção da teoria geral dos direitos fundamentais, para só então adentrar a questão central da (multi)funcionalidade dos direitos fundamentais sociais como direitos a prestações e direitos de defesa.

Para tanto, a pesquisa partiu da análise da teoria dos *status* dos indivíduos perante o Estado, de Georg Jellinek, para em seguida buscar a sustentação teórica na doutrina nacional e estrangeira, utilizando-se como método de interpretação os modos lógico-dedutivo e histórico.

2. A opção terminológica

Ao se tratar do assunto *direitos fundamentais*, a primeira questão que surge é quanto ao modo de se referir a esses direitos. Adotar uma ou outra designação depende de vários fatores: do momento histórico, do idioma, ou mesmo do âmbito a que referem os direitos. Outras expressões — direitos humanos, direitos do homem, direitos naturais, direitos individuais, liberdades públicas, dentre outras — são por vezes utilizadas para se referir aos direitos das pessoas.

No que concerne à terminologia empregada neste estudo, a opção escolhida foi adotar a fórmula *direitos fundamentais*, verificada a partir do próprio título adotado no trabalho. Há necessidade, porém, de se justificar os motivos da opção, ainda que de forma sumária.

A escolha do termo direitos fundamentais não afasta a ligação existente entre esses direitos e os direitos humanos. Segundo Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 53), tais direitos podem estar relacionados à condição de seres humanos, em que há uma preocupação com sua individualidade, ou mesmo com sua situação na sua relação em sociedade.

A expressão *direitos humanos* é preferível quando a abordagem se reveste mais do caráter jusfilosófico dos direitos dos homens, ligado aos seus direitos naturais, do que o seu aspecto de direitos positivado em um sistema jurídico-constitucional. A expressão *direitos naturais* expressa aqueles direitos que se dirigem ao homem no tocante à sua natureza. São direitos inatos que cabem ao homem só pelo fato ser homem. *Direitos humanos* ou *direitos do homem* expressam a condição do homem enquanto sujeito de direitos do ambiente do direito internacional. *Direitos individuais* dizem respeito ao indivíduo de forma isolada, voltado aos

direitos civis e políticos, primeiros direitos expressos nas declarações de direitos do século XVIII. *Direitos públicos subjetivos* relembra a concepção do Estado liberal de base individualista do homem. Direitos públicos subjetivos expressam a situação jurídica subjetiva do indivíduo, direitos opostos pelo indivíduo em face do Estado. *Liberdades públicas* é outra expressão utilizada para exprimir os direitos fundamentais, porém se refere a apenas algumas liberdades (liberdades clássicas). Borowski¹ diferencia, ainda, os direitos fundamentais entre *direitos fundamentais internacionais, supranacionais e nacionais*.

Enfim, *direitos fundamentais* é expressão mais adequada porque evidencia a concepção dos direitos no sistema do direito positivo, consistente em direitos e garantias ideologicamente presentes nos ordenamentos jurídicos. Designa, portanto, situações jurídicas, direitos não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente realizáveis e efetiváveis (SILVA, 2014, p. 179-180).

Nossa própria Constituição utiliza diversas expressões diferentes para se referir aos direitos dos indivíduos, conforme estatuído no Título II, que trata dos *direitos e garantias fundamentais* (artigo 5º e §1º). A Carta Magna utiliza ainda as expressões *direitos humanos* (artigo 4º, II), também direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, LXXI) e ainda *direitos e garantias individuais* (artigo 60, §4º, IV). Dentre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição trata dos *direitos sociais* no Capítulo II do mesmo título (artigos 6º a 11).

A diversidade terminológica utilizada pelo Constituinte de 1988, longe de pretender confundir ou dificultar a compreensão dos valores albergados e do *animus* protetivo que se pretendia dar aos direitos do homem, evidencia com esta pluralidade uma proposição com um viés intencionalmente dogmático de forma a conceder a maior amplitude possível aos direitos ali consagrados.

Desta forma, a opção pelo uso da terminologia “direitos fundamentais” se justifica como critério unificador, que coaduna com a proposta do presente estudo, que tem como objeto a análise da função dos direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988.

¹ Na terminologia empregada por Borowski (2003, p. 31-33), diferenciam-se os direitos fundamentais entre *direitos fundamentais internacionais, supranacionais e nacionais*. Os primeiros ficam reservados aos direitos consagrados nos pactos e convenções internacionais de proteção dos direitos humanos e têm por objetivo a positivação dos direitos humanos. São pactos ou convenções da órbita mundial a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos (1966) e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). No continente europeu, Borowski aponta a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais (1950) e também a Carta Social Europeia (1961) como direitos fundamentais internacionais. O autor chama de *direitos fundamentais supranacionais* as liberdades fundamentais da União Europeia desenvolvidas pela jurisprudência da Corte Europeia de Luxemburgo, que tratou primeiramente dos direitos fundamentais no âmbito econômico, mas que depois reconheceu todo um conjunto de liberdades fundamentais, um catálogo de direitos fundamentais para a União Europeia aplicáveis aos no âmbito da Comunidade Europeia. Finalmente, para Borowski, *direitos fundamentais nacionais* seriam aqueles direitos humanos individuais positivados nos textos constitucionais dos Estados democráticos. Por esse motivo, possuem a máxima hierarquia no sistema jurídico nacional e podem ser piteados judicialmente (BOROWSKI, 2003, p. 31-33)

3. Fundamentalidade formal e material

O texto de 1988 ao iniciar sua tarefa de demonstrar para a sociedade seus valores fundantes foi discursivo e abrangente. Já no preâmbulo informa que o Estado Democrático de Direito brasileiro é destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, e a partir daí nos artigos iniciais enuncia suas diretrizes interpretativas, com a colocação da dignidade da pessoa humana como fundamento da República brasileira.

Por aí já é possível inferir que qualquer leitura que se faça dos direitos fundamentais relatados pelo texto de 1988 só poderá existir e ser considerado válido na exata medida em que se destinar a promover a vida digna dos cidadãos brasileiros. E é a partir daí que devemos tentar compreender a densidade do conceito de direitos fundamentais na Constituição brasileira.

Assim, o primeiro critério é identificado como *fundamentalidade material* dos direitos fundamentais, que está relacionada à correspondência existente entre os direitos fundamentais e o núcleo essencial de valores que informam a Constituição. Decorrem do fato de serem os direitos fundamentais normas *materialmente* constitucionais, que contém decisões sobre a estrutura essencial do Estado e da sociedade.

Leva-se em conta a carga normativa de valores que possuem, valores essenciais do ser humano em sociedade e o cuidado especial com a garantia da promoção da dignidade humana.

Para Walter Claudius Rothenburg (2014, p. 4),

Os direitos fundamentais são dotados de uma legitimidade (constituente) reforçada, pois devem ser estabelecidos de modo participativo e racional. A democracia, portanto, guarda uma ‘relação de pressuposição recíproca’ com os direitos fundamentais, pois estes tornam possível o processo democrático, sem o qual não poderiam, por sua vez, ser positivados e concretizados no espaço de um Estado constitucional constituído pelos direitos fundamentais’.

São valores tão essenciais para o estado brasileiro que podem ser encontrados não apenas no direito constitucional interno, mas também em normas internacionais. Aliás, é no próprio texto constitucional positivo (art 5º, §2º da Constituição) que determina a abertura da Constituição a outros direitos de conteúdo constitucional material que se localizam fora do catálogo de direitos fundamentais estabelecido no texto constitucional e que integram a Constituição formal (SARLET, 2009, p. 75). Também é o texto de 1988, reformado pela EC 45 que possibilitou a incorporação dos tratados internacionais de Direitos Humanos no nosso

sistema (art. 60 § 3º), o que internalizou Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com deficiência e seu protocolo facultativo, recentemente regulamentado pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência. É ainda no artigo 5, em seu parágrafo 4º que o constituinte reformador anuncia a aceitação do Tribunal Penal Internacional, anteriormente anunciado pelo artigo 7º do ADCT e também destinado à proteção dos direitos do homem.

Deve se considerar que a conceituação material desses direitos pode sofrer variações, dependendo da concepção de Estado que se adota. Os direitos fundamentais representam, sob o critério material, as opções eleitas pelo constituinte na relação estabelecida entre o Estado e a sociedade.

Essas opções foram expressas no preâmbulo da Constituição de 1988, que estabelece, como á foi dito, um Estado Democrático brasileiro destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos.

Não obstante, não se deve desconsiderar que há categorias universais e consensuais de direitos fundamentais, aplicáveis a todos independentemente da realidade social ou cultural em que se encontram.²

Nesse cenário, especial atenção ocupa a dignidade humana. A dignidade da pessoa humana, como carga axiológica, não é apenas fundamento do Estado Democrático de Direito, mas vai além. Trata-se de *valor constitucional* que transcende o normativismo positivo puro e simples do artigo 1º, inciso III da Constituição, e que outorga um *status* determinante para a existência do Estado (LORA ALARCÓN, 2004, p. 251).

Ainda sobre a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 76) diz que é preciso enfatizar que, no sentido jurídico-constitucional, o que torna um determinado direito um direito fundamental não é apenas a tutela constitucional desse bem, mas sim a sua significância quando das opções do Constituinte, cuja hierarquia normativa correspondente e o regime jurídico-constitucional são assegurados pelas normas de direitos fundamentais. Nesse viés, pode-se compreender o direito social à segurança, por exemplo, previsto no artigo 6º da Constituição, como um direito fundamental com a

² Intentando identificar alguns valores (materialmente) constitucionais, Ingo Wolfgang Sarlet observa que problemática que circunda a conceituação dos direitos fundamentais foi objeto dos estudos de Carl Schmitt que, após as duas guerras mundiais, foi um dos expoentes da teoria e dogmática constitucional que procurou distinguir o sentido material e formal de Constituição. Qualquer conceituação que pretenda conceituar o conteúdo material dos direitos fundamentais de forma definitiva, completa e abstrata “está fadada, no mínimo, a um certo grau de dissociação da realidade de cada ordem constitucional individualmente considerada. É preciso ter em mente, portanto, que um conceito satisfatório somente poderia ser obtido com relação a uma ordem constitucional concreta. [...] Com efeito, o que é fundamental para determinado Estado pode não ser para outro, ou não sê-lo da mesma forma. Todavia, não há como desconsiderar a existência de categorias universais e consensuais no que diz com a sua fundamentalidade, tais como os valores da vida, da liberdade, da igualdade e da dignidade humana. Contudo, mesmo estes devem ser devidamente contextualizados, já que igualmente suscetíveis de uma valoração distinta e condicionada pela realidade social e cultural concreta”. (SARLET, 2009, p. 76).

fundamentalidade material de mesmo nível se comparado aos direitos de liberdade e as garantias liberais.³

A *fundamentalidade formal* dos direitos fundamentais decorre da constitucionalização dos direitos no texto da Constituição, cujos critérios solenes identificam essas normas perante as demais normas constitucionais e que, no ensino de Robert Alexy (2014, p. 520), dada a sua posição no ápice da estrutura do ordenamento jurídico, vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.⁴

No ensino de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 74-75), a fundamentalidade formal se expressa na ligação ao direito constitucional positivo e que resulta da posição hierárquica superior (*supralegal*) que ocupam os direitos fundamentais, manifestadas pelos rigorosos limites formais e materiais estabelecidos no artigo 60 da Constituição⁵, bem como da imediata aplicabilidade desses direitos, que vinculam os poderes públicos (§1º do artigo 5º).

3.1 Fundamentalidade dos direitos sociais

As primeiras declarações de direitos tinham como fonte de inspiração os direitos naturais, relativos às liberdades públicas dos indivíduos, de forte influência do pensamento cristão liberal, mas que se mostra insuficiente para a problemática dos direitos fundamentais da atualidade, que envolve as necessidades de ordem econômica, culturais e sociais.

Necessário foi construir-se uma plataforma de direitos fundamentais sociais, ou simplesmente *direitos sociais*, à luz das declarações de direitos que se estabeleceram fundadas no cristianismo e no jusnaturalismo, no homem abstrato, com toda carga de conquistas

³ O reconhecimento da segurança pública como direito fundamental foi palco de manifestação do TRF em ação civil pública, com a seguinte ementa: “DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TELEFONIA NA SUPERINTENDÊNCIA DA POLÍCIA FEDERAL. INTERESSE COLETIVO EVIDENTE. SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITO FUNDAMENTAL. 1. Cuida-se de pretensão deduzida em Ação Civil Pública relacionada à suspensão da prestação de serviço de telefonia fixa diante do não pagamento dos valores devidos pelo órgão da Polícia Federal no Rio de Janeiro. 2. No caso em tela, não se mostra constitucional e legal a suspensão da prestação de serviço de telefonia à Polícia Federal diante do direito fundamental à segurança pública. O serviço público de segurança é essencial, não podendo sofrer impedimento à sua continuidade e eficiência, especialmente diante da questão envolvendo valores não pagos à concessionária do serviço de telefonia. 3. Correta é a sentença que concluiu no sentido da violação dos interesses difusos e coletivos existentes, bem como na possibilidade de ocorrência de danos irreparáveis à coletividade. 4. Recurso voluntário conhecido e improvido”. (TRF-2 - APELAÇÃO CIVEL : AC 257961 2001.02.01.003202-2. Disponível em: < <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/893190/apelacao-civel-ac-257961-20010201003202-2> >. Acesso em: 25 Ago. 2016).

⁴ A *fundamentalidade formal*, para Alexy, adotaria dois modelos constitucionais contrapostos: um puramente procedimental e outro puramente material. A diferença entre um e outro, porém, não é relevante para este estudo e, portanto, não será objeto de maior atenção (ALEXY, 2014, p. 520).

⁵ Nesse aspecto, Ingo Wolfgang Sarlet salienta que é preciso ter em conta que a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais, estabelecida no artigo 60, §4º da Constituição, assume ao mesmo tempo a dimensão de material e formal, pois estatui limites ao Poder Reformador. Embora firmada em critérios formais, a proteção, contudo, se constitui em tutela de valores e bens protegidos materialmente constitucionalmente. Cf. SARLET, 2009, p. 74, nota 198.

históricas de direitos⁶, cujo caráter revolucionário moveu os alicerces de uma concepção de Estado em que pouco espaço ocupava o homem enquanto ser humano.

Rompida a barreira de ordem ideológica, partiu-se para uma concepção jurídico-normativa de direitos fundamentais, fundado nas novas necessidades materiais dos indivíduos.

Na busca de procurar entender a fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais, isto é, o que são e como e onde se expressam, é preciso primeiro compreender os aspectos sobre a *fundamentalidade* desses direitos, para depois buscar compreender os aspectos sociais que envolvem a questão da fundamentalidade.

Um dos problemas mais intrigantes do constitucionalismo atual estabelece a dicotomia que coloca os *direitos liberais*, de um lado, e de outro lado os direitos econômicos, sociais e culturais, comumente identificados como *direitos sociais*. Estariam esses direitos colocados em posições diametralmente opostas?

Em busca de uma resposta à indagação, se, por um lado, os direitos liberais são aqueles direitos pessoais, que se relacionam a um quadro de liberdade restritamente considerada, sem a interferência nos negócios do Estado (CUNHA, 2000, p. 242), os direitos sociais, segundo Cécile Fabre (2000, p. 7), são aqueles voltados

to adequate minimum income, adequate housing, adequate education, and adequate health care, where adequate is defined, in relation to the level of social and economic development, as the amount of resources everyone would agree is minimally required for people to live a decent life⁷

Desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, discutem os estudiosos do direito se os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais, em outras palavras, se há que se falar mesmo na existência de *direitos fundamentais sociais*.

Vidal Serrano Nunes Junior afirma categoricamente que os direitos sociais se integram aos chamados direitos fundamentais, pois o objetivo de promover a adequada qualidade de vida a todos acaba por promover uma *fundamentalização* dos direitos sociais. Na lição do autor, não seria possível pensar em exercício de liberdades ou de preservação da dignidade humana, sem que um mínimo vital esteja assegurado à própria vida da sociedade (NUNES JUNIOR, 2009, p. 65).

⁶ Para uma abordagem histórica dos direitos fundamentais, desde alguns marcos na Antiguidade, sua evolução, até mesmo uma compreensão genealógica dos direitos fundamentais, consultar a obra do autor lusitano Paulo Ferreira da Cunha, *Teoria da Constituição: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*, Lisboa: Verbo, 2000. Ver, também, Gregorio Peces-Barba Martínez, *Curso de Derechos Fundamentales: Teoría General*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999. E ainda, para uma abordagem histórico-filosófica dos direitos fundamentais ante os movimentos liberais e a evolução das Constituições, consultar a obra de Maurizio Fioravanti, *Los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003

⁷ Tradução: “para um adequado rendimento mínimo, adequada habitação, adequada educação e adequados cuidados para com a saúde, onde adequado é definido, em relação ao nível de desenvolvimento social e económico, como a quantidade de recursos que todos concordam é minimamente necessário para as pessoas a viverem uma vida decente”

4. O regime jurídico especial dos direitos fundamentais sociais

Outra dúvida que surge seria se os direitos fundamentais sociais se beneficiam do regime jurídico especial dos direitos fundamentais liberais ou se estes são dotados apenas dos atributos gerais dos direitos fundamentais.

Um bom ponto de partida para a solução do problema seria interpretar a própria Constituição à luz do disposto no 5º, §1º da Constituição, que estabelece que as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata, o que traduz a imperatividade das normas de direitos e garantias fundamentais. Nesse sentido a lição de Flávia Piovezan (2006, p. 36):

Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdade e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Se for realizada uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, verificar-se-á que o escopo do Constituinte pátrio certamente não foi o de excluir os direitos sociais do alcance do artigo 5º, §1º, da Constituição, que confere aplicabilidade imediata aos direitos sociais. Especialmente no campo da fundamentalidade formal, basta uma simples interpretação da literalidade do texto constitucional para se chegar a essa conclusão.

De modo diferente procedeu o legislador constituinte lusitano, que optou por não incluir os direitos econômicos, sociais e culturais no Título II texto da Constituição portuguesa de 1976 que trata dos *direitos de liberdades*, naquele país denominados direitos, liberdades e garantias, direitos que estão sujeitos a um regime jurídico especial que lhes garante aplicabilidade imediata. Na Constituição portuguesa,⁸ os direitos econômicos, sociais e culturais foram tratados somente no Título III, sujeitos ao regime jurídico geral dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 262).

⁸ Na doutrina lusitana, o assunto é abordado por J. J. Comes Canotilho. O autor sustenta que atualmente os direitos sociais se encontram numa posição desconfortável, porque se existem alguns paradoxos, algumas fragilidades metódicas e metodológicas, bem como algumas precompreensões que dificultam a tarefa daqueles que se encontram na busca pela normatividade e efetividade dos direitos fundamentais sociais no discurso jurídico-constitucional (CANOTILHO, 2004, p. 99). Isso porque questões como “trabalho”, por exemplo, envolvem assuntos que vão desde a estrutura da procurar pelo emprego até mesmo questões de ordem econômica do país. Quando se fala em “seguridade social”, há que se considerar a distribuição de financiamento público por várias gerações. São, nas palavras do constitucionalista alemão J. Isensee, denominados “camarões normativos”, dada a imprecisão e instabilidade normativa de um sistema jurídico aberto (CANOTILHO, 2004, p. 101.)

O constitucionalismo brasileiro tratou dos direitos sociais em capítulo próprio (Capítulo II, do Título II) e não mais misturado com a ordem econômica (Título VII) ou mesmo com a ordem social (Título VIII).

Não tendo a Constituição brasileira de 1988 estabelecido expressamente a diferenciação entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, *ambos os direitos estão sujeitos ao regime especial dos direitos fundamentais*, razão pela qual a doutrina pátria em sua maior parte sustenta que os direitos sociais recebem sim a especial proteção atribuída aos direitos fundamentais.⁹

Paulo Bonavides sustenta que os direitos fundamentais sociais gozam do mesmo patamar de dignidade constitucional se comparado aos direitos fundamentais individuais e *questiona se os direitos sociais entram ou não naquela “esfera de proteção absoluta”*, se referindo à proteção especial dos direitos de primeira geração. O autor se refere à blindagem que o rol do artigo 60, §4º, da Constituição — as cláusulas pétreas — possui quanto ao seu conteúdo material, e que tutela de maneira especial os direitos e garantias individuais fundamentais, ao ponto de retirar do Poder Constituinte reformador a possibilidade de deliberar sobre emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais. (BONAVIDES, 2010, p. 652).

À pergunta acima, o constitucionalista brasileiro afirma existirem, do ponto de vista hermenêutico, duas respostas possíveis. A primeira se infere da *literalidade* do §4º do artigo 60 da Carta, que parece atribuir uma resposta positiva à pergunta, atribuindo unicamente aos direitos e garantias individuais a tutela constitucional especial. Tal interpretação decorre do formalismo jurídico da legislação, fundado nos conteúdos históricos e específicos dos direitos de liberdade, típicos da escola liberal e do positivismo jurídico.

Dessa fonte privilegiada promana, assim, o enunciado normativo onde se cristalizam no Direito os axiomas da razão individualista. Trata-se de um círculo cerrado à invasão de outros conteúdos axiológicos, suscetíveis também de se normativizarem ou criarem dimensão nova de juridicidade mais lata para aquela expressão, ou seja, de alterar-lhe aditivamente o sentido com maior abrangência de espaço, no qual se introduziria, então, aquilo que aos teóricos liberais se lhes afigura um paradoxo ou uma singularidade inadmissível: *a natureza social dos direitos individuais (grifo nosso)*, noção filosoficamente impura e promiscua, segundo essa linha de pensamento, mas que, convenhamos, já prevalece em considerável parte da doutrina contemporânea, livre de impugnadores, a cimentar o argumento interpretativo mais importante de numerosa parcela de hermeneutas constitucionais. (BONAVIDES, 2010, p. 652)

Na doutrina lusitana de Cristina Queiroz (2006, p. 6), a autora enfatiza que,

⁹ Sobre os direitos fundamentais sociais receberem no ordenamento jurídico brasileiro o mesmo tratamento dado aos direitos fundamentais tradicionais, Cf SALAZAR; GROU, 2009, p. 14-16; NUNES JUNIOR, 2009, p. 107 e ss.; SERRANO, 2009, p. 31-33. Para José Afonso da Silva (2014, p. 182), os direitos econômicos e sociais, por regra, são normas de eficácia limitada de princípios programáticos e de aplicabilidade indireta, enquanto que os direitos individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata.

Este tipo de direitos coloca problemas de interpretação e aplicação complexos. Não é apenas a estrutura dos direitos que o reclama, mas ainda a multiplicidade e a diversidade dos problemas e a projeção dos mesmos na ordem constitucional. Mais: a disjunção de regimes jurídicos não autoriza o intérprete-aplicador, seja o legislador, as autoridades administrativas ou o poder judicial, a estabelecer barreiras fixas ou fronteiras intransponíveis entre esses dois regimes jurídicos.

O fato dos direitos sociais serem identificados como *prestações positivas* estatais, isto é, não como uma omissão, um *non facere*, mas sim em um *facere* do poder público, por muito tempo esses direitos foram qualificados como não sindicáveis.

Essa posição, segundo Paulo Bonavides (2010, p. 564-565), tende a desaparecer, pois que os direitos fundamentais de segunda geração vão se tornando tão justificáveis quanto os de primeira geração o foram no século passado à medida que vão sendo superados os obstáculos para sua efetivação.¹⁰

Dito isto, questão importante a ser investigada é quanto à estrutura e funções dos direitos fundamentais sociais. Isso porque, como se viu acima, não há uma diferenciação de natureza entre direitos fundamentais das liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais, ambos são direitos fundamentais. Há, sobretudo, uma diferença de estrutura e projeção das normas relativas a esses direitos no ordenamento jurídico-constitucional. (QUEIROZ, 2006, p. 6-7).

É disso que se ocupará este estudo a partir deste momento.

5. A dimensão subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais desempenham dois papéis no constitucionalismo atual. No plano *subjetivo*, atua como garantia da liberdade individual; no plano *objetivo*, atua na defesa de interesses sociais e coletivos, à luz dos valores institucionais estabelecidos na Constituição em defesa dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (artigo 1º) ou como objetivos fundamentais do Estado (artigo 3º).

Perez Luño aponta que esse caráter *double* dos direitos fundamentais é retratado pelo Tribunal Constitucional espanhol:

En primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un status jurídico o la libertad en un ámbito de la

¹⁰ Sobre a posição ora assumida pelos direitos fundamentais sociais, culturais e econômicos, identificados como direitos de segunda geração, Paulo Bonavides retrata em seu *Curso de Direito Constitucional* (2010, p. 564-565) que esses direitos dominaram o século XX tal como os direitos de primeira geração dominaram o século passado. O autor aponta algumas dificuldades que os direitos fundamentais sociais passaram em busca de concretização: baixa normatividade e de eficácia duvidosa, por exigirem, em razão de sua própria natureza, prestações materiais do Estado nem sempre resgatáveis, devido a exiguidade, carência ou limitação dos meios e recursos disponíveis. Tachados como normas programáticas, de juridicidade questionável, os direitos sociais atravessaram a crise de observância e execução, mas que encontraram alento em Constituições, como a brasileira de 1988, que dispôs sobre a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. Por isso, Paulo Bonavides afirma que “os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justificáveis quanto os da primeira (geração).”

existencia. Pero, al propio tiempo, son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho, según la fórmula de nuestra Constitución (art 1.1) (PEREZ LUÑO, 2004, p. 25-26).¹¹

Na doutrina hispânica, María del Carmen Barranco Avilés, em *La teoría jurídica de los derechos fundamentales* (2000), explana as diversas funções assumidas dos direitos fundamentais no direito constitucional espanhol, estruturando seu estudo a partir da perspectiva da função objetiva ou subjetiva dos direitos fundamentais.

O caráter *objetivo* dos direitos fundamentais reflete as forças sociais e metas comuns da sociedade na formação do Estado constitucional de Direito. O resultado é a submissão e a legitimação social por meio da obediência e pelo consentimento da comunidade ao Direito consagrado nas normas da Constituição como conjunto de valores básicos da sociedade. Trata-se, na lição de Perez Luño, da definição de uma nova configuração dos direitos fundamentais, que assumem outro papel além de garantidor das liberdades individuais.

Los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos (PEREZ LUÑO, 2004, p. 21)¹²

Em sua dimensão *subjetiva*, os direitos fundamentais representam as conquistas jurídicas de direitos dos cidadãos, direitos que ao longo da histórica foram opostos frente ao poder estatal ou frente aos outros indivíduos nas suas relações particulares.¹³ São direitos relativos à proteção da liberdade, da autonomia e da segurança da pessoa.

6. A multifuncionalidade dos direitos fundamentais

A dupla perspectiva — objetiva e subjetiva — dos direitos fundamentais demonstra como esses direitos atuam de maneira diversificada na ordem jurídica constitucional, quer como posição objetiva de valores sobre o ordenamento, quer assumindo dimensão subjetiva, numa compreensão individualista de interesses dos indivíduos.

¹¹ Tradução: “Em primeiro lugar, os direitos fundamentais são direitos subjetivos, direitos dos indivíduos não só como os direitos dos cidadãos em sentido estrito, mas como um estatuto legal ou garantir a liberdade em um âmbito de existência. Mas, ao mesmo tempo, são elementos essenciais de um ordenamento objetivo da comunidade nacional, enquanto esta se configura como marco de uma convivência humana justa e pacífica, refletida historicamente, no Estado de direito e, mais tarde, no Estado social de direito ou o Estado social e Democrático de direito, segundo a fórmula da nossa Constituição”

¹² Tradução: “Os direitos fundamentais têm deixado de ser meros limites ao exercício do poder político, ou seja, garantias negativas dos interesses individuais, para tornar-se um conjunto de valores ou fins diretivos da ação positiva dos poderes públicos”

¹³ A formulação de direitos fundamentais dos indivíduos frente a outros indivíduos, isto é, na relação entre particulares e não no sentido de oposição entre direitos do indivíduo frente ao Estado, é retratado por Robert Alexy em sua *Teoria dos direitos fundamentais* (2014, p. 523).

Neste momento, o estudo tem o escopo de compreender o papel assumido pelos direitos fundamentais na ordem jurídica constitucional estabelecida pela Constituição de 1988. No primeiro momento, o objetivo será analisar a função dos direitos fundamentais na perspectiva de uma teoria geral, para mais adiante entender que reflexos produzem os direitos fundamentais sociais na Constituição.

A delimitação do estudo traçada na introdução impõe perscrutar não todas as funções assumidas pelos direitos fundamentais, senão aquelas que estão relacionadas à função dos direitos sociais como direitos de defesa e direitos de prestações. Não são claras quantas funções podem ser atribuídas aos direitos fundamentais, o que demanda discussões e abre a possibilidade de se investigar esse aspecto dos direitos fundamentais nem sempre alvo das reflexões.

A doutrina diversifica o catálogo em diferentes posições, a partir de determinados critérios pré-estabelecidos pelo pesquisador. Há quem chega a elencar doze diferentes papéis aos direitos fundamentais.¹⁴

Essa multifuncionalidade dos direitos fundamentais é tratada por Niklas Luhmann em uma perspectiva sociológica. Luhmann acentua os direitos fundamentais como *instituição*, quando estabelece uma relação entre as teorias dos direitos fundamentais e as funções por este assumidas. Para Luhmann,

Os direitos fundamentais, quer tomados isoladamente, um a um, quer no seu conjunto, não apresentavam uma estrutura “monofuncional”. Pelo contrário, mesmo os direitos individuais de defesas compreendiam mais do que uma função. Neste sentido, os direitos fundamentais não podiam nem deviam ser compreendidos num único sistema intelectualivo (LUHMANN apud QUEIROZ, 2006, p. 26).

Na perspectiva jurídico-constitucional, Ingo Wolfgang Salet e outros analisam a multifuncionalidade dos direitos fundamentais na Constituição de 1988.¹⁵

A doutrina estrangeira é farta sobre o assunto, numa abordagem de uma teoria geral, mas que não desconsidera as peculiaridades de cada país.¹⁶

¹⁴ O Tribunal Constitucional alemão tem sustentado a multifuncionalidade dos direitos fundamentais. Segundo A. Bleckmann (apud SARLET, 2009, p. 156), citando decisões do Tribunal Constitucional (*BVerfGE* 6,55 [71 e ss.] e 30, 173 [188]), são doze as funções desempenhadas pelos direitos fundamentais: 1 – direitos de defesa, 2 – direitos de participação ou quota-parte, 3 – garantias institucionais, 4 – garantias procedimentais, 5 – direitos fundamentais como ordem de valores, 6 – direitos fundamentais como normas objetivas, 7 – direitos fundamentais como normas impositivas e autorizações para ação, 8 – direitos fundamentais como normas de conduta social, 9 – direitos fundamentais como fundamento de deveres de proteção do Estado, 10 – direitos de defesa negativos ou deveres fundamentais, 11 – função legitimadora dos direitos fundamentais e 12 – função pacificadora e de parâmetros de justiça.

¹⁵ Para o autor, os direitos fundamentais não mais se restringem à tradicional função de direitos de defesa contra os poderes públicos, passando a assumir outras funções (2009, p. 156). Interessante pesquisa sobre a função e estrutura dos direitos fundamentais pode ser encontrada em Ana Carolina Lopes Olsen, *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível* (2008).

¹⁶ Na doutrina estrangeira, autores como Robert Alexy (2014, p. 254 e ss.), Borowski (2003, p. 109 e ss.), Cristina Queiroz (2006, p.25 e ss.), Peces-Barba (1999, p. 413 e ss.), também abordaram o tema.

7. A multifuncionalidade dos direitos sociais sob a ótica da teoria dos *status* de George Jellinek

Para o estudo da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, boa parte dos doutrinadores utiliza como referencial teórico a doutrina sobre a *teoria dos status* de Georg Jellinek, do final do século passado. Destacam-se a doutrina de Robert Alexy (2014, p. 254) e de Perez Luño (2004, p. 24-25), bem como outros autores,¹⁷ que afirmam a posição dos direitos públicos subjetivos dos cidadãos frente ao Estado.

Em linhas resumidas, de acordo com a lição de Alexy e Perez Luño, Jellinek formulou sua concepção em sua obra intitulada “Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos”, onde aponta para a existência de quatro sucessivos *status* — situações jurídicas — na qual se encontra o indivíduo em posição frente ao Estado ao qual está vinculado: *status subjectionis*, *status libertatis*, *status civitatis* e *status activae civitatis*.

No *status subiectionis*, típico das formas estatais absolutistas e totalitárias, os destinatários da norma emanada do poder público assumem posição puramente passiva, de sujeição aos poderes estatais, sendo o indivíduo mero detentor de deveres e não de direitos (SARLET, 2009, p. 157).

O segundo *status* é identificado como um *status libertatis*. Trata-se de um *status negativus*, caracterizado pela liberdade individual, que mantém o indivíduo imune ao poder de império estatal, que comporta o reconhecimento de certa autonomia do indivíduo e a garantia da não intromissão do poder público na esfera das liberdades individuais negativas em determinadas áreas da personalidade que se consideram invioláveis, tal como a liberdade individual e a dignidade humana (PEREZ LUÑO, 2004, p. 25).

O outro estágio é o *status civitatis*, um *status positivus* em que os particulares se encontram legitimados a exercer certas faculdades ou pretensões positivas do Estado na defesa de direitos e garantias civis, tal como as exigências do princípio da legalidade penal, o *due process of law* ou o princípio da presunção da inocência (PEREZ LUÑO, 2004, p. 25). É nesse *status positivus* que se encontram os denominados direitos a prestações estatais, dentre eles os *direitos sociais*.

E como último dos quatro modelos de *status* apresentados por Jellinek, o *status activae civitatis* é aquele no qual o indivíduo passa a ser considerado como cidadão, integrante de uma comunidade política, que goza de direitos políticos de participação ativa na

¹⁷ A mesma abordagem sobre a teoria do *status* do indivíduo também é referida por Queiroz (2006, p. 13-14), Bonavides (2010, p. 661) e Sarlet (2009, p. 156-159).

formação da vontade do Estado. (PEREZ LUÑO, 2004, p. 25), o que lhe garante a possibilidade de participar ativamente da política, por exemplo, por meio do processo eleitoral por meio do voto.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 159), a teoria dos quatro *status* de George Jellinek, apesar das críticas e reparos que sofreu,¹⁸ continua viva à medida que os direitos fundamentais são redescobertos na definição da teoria constitucional atual, que busca nos direitos fundamentais a fundamentação necessária para justificar as novas posturas assumidas pelo Estado na proteção e desenvolvimento dos seus cidadãos.

8. Os direitos fundamentais sociais como direitos de defesa e direitos a prestações na Constituição

Não é tarefa fácil determinar um direito fundamental se direito a prestações ou direitos de defesa. Essa indeterminação é apontada por Cristina Queiroz (2006, p. 45-46) quando diz que a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais pode ser entendida tanto como direitos de defesa como direitos a prestações. O que irá definir entre uma ou outra concepção será sua diferenciação de *caráter formal*, isto é, se essa diferenciação assenta numa omissão ou numa ação positiva estatal, ou o *caráter material*, que garantem aos cidadãos uma esfera livre da ingerência do Estado.¹⁹

Conforme avançam as exigências de garantias do bem-estar social, Jellinek aponta para o surgimento de um novo *status positivus socialis*. *Nessa nova posição, os direitos de liberdade individual não se colocam em situação de subordinação diante dos direitos econômicos, sociais e culturais. Antes, esses direitos garantem o pleno desenvolvimento dos cidadãos.*

¹⁸ Essa concepção dos diversos *status* do indivíduo em posição subjetiva não escapou às críticas da doutrina de Alexy, em especial porque Jellinek entende o *status negativus* como estado negativo de submissão do indivíduo à lei. Todavia, considerando que no Estado contemporâneo, os direitos dos homens não mais se sujeitam tão somente à lei (Estado de Direito) mas também, e principalmente, à própria Constituição do país, o *status negativus* deve ser mais propriamente entendido como *status negativus dos direitos fundamentais*, livre de quaisquer intervenções contrárias a Constituição (SARLET, 2009, p. 157-158). Outra importante ressalva à teoria de Jellinek é formulada por Konrad Hesse, para quem o *status negativus* de Jellinek, não é um estado de garantias constitucionais, mas sim meramente de cunho formal, de um indivíduo abstrato, capaz de ser titular de direitos e obrigações. Não considera o cidadão em sua dimensão histórica e concreta da vida social. O *status* constitucional do indivíduo encampa todo um conteúdo material, concreto e determinado de direitos, desvinculado tanto do indivíduo quanto dos poderes públicos, que afasta o indivíduo da posição de *status subjectionis*, típico de um Estado ilimitado capaz de excluir a personalidade e a autonomia individual, posição que não se adequa à concepção de um Estado Democrático de direitos e garantias constitucionais dos indivíduos enquanto seres pertencentes à comunidade social (HESSE apud SARLET, 2009, p. 158). Essa ideia é compartilhada por Alexy, de que a perspectiva formal não elide a concepção de um *status* jurídico com determinado conteúdo material. A respeito da crítica de Hesse, Ingo Wolfgang Sarlet entende que sua fundamentação teórica consistente não fulmina as lições de Jellinek, pois devem ser interpretadas considerando que Jellinek estruturou sua teoria num contexto de um Estado liberal, de uma Constituição monárquica de um Estado centralizador, como era a Alemanha de Guilherme II

¹⁹ Cristina Queiroz leciona que nem sempre se deve considerar o direito de defesa como direito à omissão estatal. A autora lusitana aponta que a diferenciação entre um direito subjetivo como direito a prestação ou direito de defesa deve levar em conta critérios formais e materiais, nem sempre facilmente diferenciáveis, em que a omissão do Estado pode constituir tanto como direito de defesa como direito a prestações (QUEIROZ, 2006, p. 45-48). Martin Borowski diferencia os direitos de defesa e direitos a prestações em seu interessante trabalho monográfico sobre *A estrutura dos direitos fundamentais* (2003, p. 110-115). Dentre os diversos critérios estabelecidos pelo autor alemão, podem ser citados os aspectos formal e material desses direitos fundamentais.

Trata-se de posição que exige conjugar ao mesmo tempo as dimensões individual e coletiva de direitos fundamentais, que permitem aos indivíduos participarem dos benefícios da vida social, direitos dos cidadãos de exigirem prestações diretas ou indiretas por parte dos poderes públicos. Diante da dicotomia — individual-liberal vs. social —, na promoção da dignidade humana, *o Estado de Direito pode conciliar a proteção dos direitos sociais sem desconsiderar os direitos liberais* (JELLINEK apud PEREZ LUÑO, 2004, p. 24-25).²⁰

A partir da teoria desenvolvida por Jellinek, Robert Alexy estruturou um *sistema de posições jurídicas fundamentais* dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico com base na diferenciação proposta por Bentham e por Bierling. Robert Alexy (2014, p. 193 e ss.) classificou os direitos fundamentais como *direito a algo, liberdades e competências*. Os direitos a algo abrangem tanto o direito a ações negativas (direitos de defesa) bem como direitos a ações positivas²¹

Seguindo a direção proposta por Alexy, na doutrina brasileira Ingo Wolfgang Sarlet classificou a multifuncionalidade dos direitos fundamentais como direitos de defesa e direitos a prestações²², subdividindo está em direitos a prestações em *sentido amplo* — que engloba os direitos à proteção e direitos à participação na organização e procedimento — e direitos a prestações em *sentido estrito*.²³ Sarlet procurou adequar sua classificação à sistemática adotada na Constituição de 1988. Porém, uma breve análise da organização dos direitos fundamentais na Constituição de 1988 indicará que o legislador Constituinte optou por estruturar os direitos fundamentais não seguindo a orientação como direitos de defesa e direitos a prestação e sim de acordo com sua função no ordenamento jurídico. Não há na Constituição de 1988 uma técnica precisa de sistematização, pois direitos fundamentais estão abrigados tanto no catálogo do texto constitucional quanto fora dele, como direitos materialmente fundamentais estabelecidos em tratados e convenções internacionais.

²⁰ Sobre esse assunto, Cf. QUEIROZ, 2006, p. 13-14; BONAVIDES, 2010, p. 661.

²¹ Na lição do mestre alemão Robert Alexy (2014, p. 193 e ss.), os direitos fundamentais como direito a algo compreendem os direitos de defesa dos cidadãos, contra o Estado, como “direitos a ações estatais negativas (direitos de defesa), (que) podem ser divididos em três grupos. O primeiro grupo é composto por direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito; o segundo grupo, de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito; o terceiro grupo, de direitos a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito. A segunda função dos direitos fundamentais para Alexy compreende o conceito de *liberdades*, em especial a noção de *liberdade jurídica* como direito a uma “alternativa de ação”. Nesse caso, fala-se em *liberdade negativa*, que não estaria relacionado com o que a pessoa deve fazer ou que irá fazer, mas diz respeito a algo sobre as *possibilidades* de fazer algo (ALEXY, 2014, p. 222). Por último, Alexy designa a função dos direitos fundamentais como *competências*. Por meio da realização de determinadas ações do titular da competência, uma situação jurídica é alterada, seja pela criação de normas, seja pela alteração das posições jurídicas dos sujeitos de direito submetido à norma. Alexy fala da competência do cidadão e da competência do Estado.

²² Outro autor que aborda a classificação dos direitos fundamentais de acordo com sua funcionalidade é José Carlos Vieira de Andrade (1998, p. 192), que classifica os direitos fundamentais como direitos de defesa (direitos à não interferência do Estado), direitos de participação (direitos à participação individual na vida política) e direitos a prestações (direitos à ação positiva estatal).

²³ A classificação de Sarlet dos direitos fundamentais sociais como direitos a prestação em sentido amplo e estrito não será objeto de análise deste estudo, por fugir aos rumos anteriormente traçados na pesquisa. Para mais detalhes, Cf Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 184-198.)

Por opção didática, o estudo passa a analisar a seguir os direitos fundamentais sociais de acordo com a organização proposta pela doutrina — direitos fundamentais como direitos de defesa e como direitos a prestações — e não de acordo com a sistematização encampada pela Constituição de 1988.

8.1 Os direitos sociais como direitos a prestações

No que concerne aos direitos fundamentais sociais como direitos a prestações, é preciso ter em conta que ao Estado incumbe a tarefa de possibilitar aos indivíduos as condições fáticas necessárias ao efetivo exercício dos direitos fundamentais garantidos pelo direito de defesa.

O *status positivus socialis* consagra os direitos sociais, econômicos e culturais como direitos de natureza *prestacional* estatal, que exigem atuação positiva dos poderes públicos no desempenho de suas funções em razão das perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais.

Na esteira da teoria de Jellinek, os direitos fundamentais sociais a prestações estatais estão relacionados ao *status positivus*.²⁴ São direitos que tratam da:

garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos. Assim, enquanto os direitos de defesa (*status libertatis* e *status negativus*) se dirigem, em princípio, a uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, os direitos a prestações [...], que podem ser reconduzidos ao *status positivus* de Jellinek, implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática) (JELLINEK apud SARLET, 2009, p. 185)

Ingo Wolfgang Sarlet faz distinção entre direito a prestações *em sentido estrito*, que pressupõe o comportamento ativo do Estado, visando diminuir as desigualdades materiais sociais, dos direitos a prestações *em sentido amplo*, relacionado a prestações jurídicas (normativas) estatais.

Os direitos fundamentais sociais como direito a prestações é apontado na doutrina nacional de José Afonso da Silva:

“Direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais que possibilitam melhores condições de vida aos mais

²⁴ Há que se levar em conta o apontamento feito por Ricardo Lobo Torres, em *Teoria dos direitos fundamentais* (2001), que distingue o *status positivus socialis*, que consiste em prestações estatais destinadas à proteção dos direitos econômicos e sociais, do *status positivus libertatis*, que se relaciona à existência de um mínimo existencial.

fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais” (SILVA, 2014, p. 286)

Vale ressaltar que nem todo direito fundamental social está relacionado a prestações positivas. Fala-se da existência de um *status negativus socialis* ou *status libertatis socialis*, constituído por *liberdades sociais*. Tenha-se como exemplo os direitos relacionados a não intervenção do Estado na órbita do trabalho que se constitui em um não fazer, um direito negativo dos indivíduos.

Ao se analisar a estrutura dos direitos fundamentais sociais de acordo com a função por eles assumida na Constituição de 1988, o intérprete verificará que nem sempre um direito social se constitui em direito à prestação estatal. Exemplo disso é direito à associação sindical previsto na Constituição de 1988 no artigo 8º ou o direito de greve previsto no artigo 9º, que não necessariamente estão ligados a uma prestação positiva dos poderes públicos.

9. Os direitos sociais como direitos de defesa

Antes de se adentrar ao tema específico dos direitos sociais como direitos de defesa, é preciso ter com conta que a Constituição de 1988 conceitua os direitos fundamentais sociais de maneira ampla, que incluem posições jurídicas como direito prestacionais — direito à saúde, direito à educação, dentre outros — quanto direitos compreendidos como de defesa — direitos individuais propriamente ditos.

Nesse sentido, Sarlet (2009, p. 178) aponta que a Constituição, ao tratar dos direitos dos trabalhadores nos artigos 7º a 11, se refere a direitos de liberdade contra e de igualdades entre os trabalhadores (não-discriminação), ou mesmo direitos de proteção contra ingerências por parte dos poderes públicos e entidades privadas. Como exemplo, podem ser citados os incisos XII e XIV do artigo 7º ou as proibições constantes dos incisos XXX a XXXIII do mesmo artigo.

São direitos que, não obstante a designação como direitos sociais, de acordo com a função desempenhada no ordenamento jurídico, são tipicamente direitos de defesa, direitos sociais negativos, como visto acima. Assim, como direitos sociais negativos, direitos subjetivos defensivos, tem-se também os direitos à prestação, quando assumem uma dimensão subjetiva negativa. Tais direitos geram direito subjetivo negativo aos indivíduos, quando a atuação estatal lhes for ofensiva, tal como seria quando da penhora judicial do imóvel que serve de moradia.

O Constituinte pátrio agiu de maneira diversa do Constituinte lusitano, que atribuiu tratamento diferenciado e privilegiado aos direitos fundamentais sociais como direito de defesa, de cunho negativo, estabelecidos no Título II, se comparado aos direitos econômicos, sociais e culturais, previstos no Título III da Constituição portuguesa.

Como leciona Konrad Hesse, os direitos de defesa se encontram presentes mesmo na ordem constitucional democrática, onde as tensões decorrentes do exercício de poder dos homens sobre outros homens, ou de eventual abuso do poder do Estado de Direito a que estão expostos, fazem com que se mostrem essenciais, indispensáveis, uma vez que podem ocorrer injustiças que atentem contra a esfera de proteção do indivíduo. Nessa perspectiva, os direitos de defesa compreendem as dimensões subjetiva ou objetiva dos direitos fundamentais. (HESSE apud SARLET, 2009, p. 168)

Cabe neste ponto salientar a crítica apontada por J. C. S. Gonçalves Loureiro (apud SARLET, p. 157), de que os direitos de defesa não se poderiam enquadrar exatamente nem no *status libertatis (negativus)* e nem no *status civitatis (positivus)*. Caberia uma releitura mais extensiva do *status civitatis (negativus)*, que englobaria os direitos de defesa para além das liberdades jurídicas não tuteladas e, por outro lado, os direitos de defesa, como direitos a ações negativas, também poderiam integrar o *status positivus* em sentido amplo, o que lhe permitiria ser acomodado tanto em um quanto em outro *status*.

Essa observação de Gonçalves Loureiro é relevante do ponto de vista de que reforça a compreensão de que os direitos sociais assumiriam a função não somente como direitos a prestações, mas também como direitos de defesa, que nesse caso, encampariam o caráter de direitos *negativus* e *positivus*.

Outras funções são apontadas pela doutrina aos direitos fundamentais sociais, que não foram abordadas neste breve estudo — *direitos à proteção, direito à participação, direito à organização e procedimento*, dentre outras — que, devido à delimitação traçada do objeto da análise, limita o âmbito da pesquisa.

As portas da investigação estão abertas para a exploração desse fascinante campo de pesquisa, que é são os direitos fundamentais dos indivíduos que compõe a sociedade, que, na linha de Norberto Bobbio (1992), almeja ver muito mais a efetivação dos direitos fundamentais do que apenas e tão somente o seu reconhecimento formal.

CONCLUSÃO

À vista do que foi explorado neste breve estudo sobre o papel que assume os direitos fundamentais na Constituição de 1988, já é possível se chegar a algumas conclusões.

A fundamentalidade material dos direitos fundamentais está ligada à correspondência entre o núcleo essencial de valores que informa a Constituição, que levam em conta a carga normativa desses valores como garantia de promoção da dignidade humana. Esses valores podem ser encontrados tanto no direito constitucional interno, ou seja, nas normas que constam do texto da Constituição, quando no direito constitucional internacional, que são decorrentes dos tratados e convenções internacionais.

Na Constituição de 1988, o Título I trata dos princípios fundamentais da Constituição (artigos 1º ao 4º), com destaque para a promoção da cidadania, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e também pode ser encontrados nos objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 3º.

A fundamentalidade formal dos direitos fundamentais decorre da constitucionalização dos direitos fundamentais no texto da Constituição, cuja sua posição no ápice da estrutura do ordenamento jurídico, vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Poder Judiciário

A dicotomia *direitos liberais vs. direitos sociais* tende a colocá-los em pontos contrapostos. Porém, o regime jurídico a que estão submetidos no ordenamento jurídico pátrio indica que não se trata de processos estanques de direitos conquistados, mas sim de uma relação de continuidade que vai dos direitos liberais-individuais aos direitos sociais. Estes não desconsideram aqueles, mas o completam quando estendem a proteção para além da pessoa do indivíduo isolado, quer na perspectiva subjetiva, quer na objetiva.

Disso decorre que numa perspectiva de um *status positivus socialis* dos membros da comunidade social, os direitos fundamentais sociais assumem papel constitucional ora como direitos a prestações, ora como direitos de defesa, negativos ou positivos.

Essas duas funções assumidas pelos direitos fundamentais sociais foram encampadas pela Constituição de 1988, cujo Constituinte preferiu não sistematizar esses direitos como direitos de defesa e direitos a prestações com regimes jurídicos diversos, como o fez Constituinte português, mas optou por constitucionalizá-los materialmente e formalmente como detentores do regime jurídico especial de tutela dos direitos fundamentais, guardada as peculiaridades de cada espécie.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BARRANCO AVILÉS, María del Carmen. *La teoría jurídica de los derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2000
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25 ed, São Paulo: Malheiros, 2010
- BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Bogota: Universidade Externado de Colombia, 2003
- BRASIL. TRF. Disponível em: < <http://trf-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/893190/apelacao-civel-ac-257961-20010201003202-2>. Acesso em: 25 Ago. 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Metodologia “Fuzzy” e “Camarões normativos” na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais. IN: *Estudo sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 97-114.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Teoria da Constituição: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais*. Lisboa: Verbo, 2000.
- FABRE, Cécile. *Social Rights under the Constitution: government and the decent life*. Oxford: Clarendon, 2000.
- FIORAVANTI, Maurizio *Los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta, 2003
- LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. *Patrimônio genético e sua proteção na Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Método, 2004.
- NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *A Cidadania Social na Constituição de 1988: Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales: Teoria General*. Madrid: Universidad Carlos III, 1999
- PEREZ LUÑO, Antonio E. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 2004.
- PIOVEZAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito fundamentais*. São Paulo: Método, 2014
- SALAZAR, Andrea Lazzarini; GROU, Karina Bozola. *A defesa da saúde em juízo*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SERRANO, Mônica de Almeida Magalhães. *O Sistema Único de Saúde e suas diretrizes constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37 ed, São Paulo: Malheiros, 2014.