

**XXIV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - UFS**

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

ADRIANA GOULART DE SENA ORSINI

MARIANA RIBEIRO SANTIAGO

YNES DA SILVA FÉLIX

Todos os direitos reservados e protegidos.

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

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

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

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

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

Conselho Fiscal

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

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

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

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

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

T314

Teoria dos direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Adriana Goulart de Sena Orsini, Mariana Ribeiro Santiago, Ynes Da Silva Félix – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-067-1

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direitos fundamentais.
I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

TEORIAS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos ao grande público a presente obra coletiva, composta por artigos brilhantemente defendidos, após rigorosa e disputada seleção, no Grupo de Trabalho intitulado Teorias dos Direitos Fundamentais, durante o XXIV Encontro Nacional do CONPEDI/UFS, ocorrido entre 03 e 06 de junho de 2015, em Aracaju/SE, sobre o tema Direito, Constituição e Cidadania.

Ditos trabalhos, de incontestável relevância para a pesquisa em direito no Brasil, demonstram notável rigor técnico, sensibilidade e originalidade, buscando uma leitura atual dos Direitos Fundamentais, muitos deles materializados na Constituição Federal, conforme o paradigma do Estado Democrático de Direito e da dignidade humana.

De fato, a efetivação dos Direitos Fundamentais repercute diretamente na concretização da cidadania, possibilitando a participação integral do indivíduo na sociedade. Inegável, como consequência, a existência de uma forte relação entre os Direitos Fundamentais e a própria cidadania, enquanto instrumentos direcionados à emancipação humana.

Os temas tratados nesta obra mergulham nas teorias para revelar novas reflexões sobre os direitos fundamentais enfrentando os atuais desafios e aflições da sociedade, como podemos constatar nos conteúdos dos artigos, a saber: princípio da fraternidade; direitos humanos fundamentais; função dos direitos e das garantias constitucionais; concepção dos direitos inalienáveis; direito à educação básica; direito à imagem; direito e acesso à saúde; direito à água; direito às manifestações culturais; liberdade de imprensa e liberdade de expressão; colaboração premiada; relações não-monogâmicas e feminismo; mínimo existencial; dignidade da pessoa humana e pluralismo democrático.

Conforme destacado, a presente obra coletiva, de grande valor científico, demonstra uma visão lúcida e questionadora sobre os Direitos Fundamentais, suas problemáticas e sutilezas, sua importância para o exercício da cidadania e para a defesa de uma sociedade plural, tudo em perfeita consonância com os ditames da democracia, pelo que certamente logrará êxito junto à comunidade acadêmica. Boa leitura!

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: A EFETIVIDADE A LUZ DO DEVER FUNDAMENTAL.

FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: THE EFFECTIVENESS OF THE FUNDAMENTAL LIGHT DUTY.

**Grazielly Dos Anjos Fontes
Eloísa Cunha Herculano**

Resumo

O presente trabalho é um estudo acerca de se buscar a efetividade dos direitos sociais através da participação do Estado enquanto sujeito do dever fundamental. Trata-se da relação do princípio da dignidade da pessoa humana para com o direito e sua correlação dever. Ademais, trataremos sobre a função prestacional inerente ao Estado e ao regime jurídico adotado no tocante a efetivação dos direitos sociais em comparativo com os direitos das liberdades. Os problemas enfrentados pela concretização dos direitos sociais atualmente decorrem da necessidade de produção legislativa infraconstitucional em confronto com a omissão legislativa, é a baixa densidade normativa atribuída a matéria pelo constituinte originário. Nesse sentido, ganha destaque os dispositivos constitucionais norteadores dos direitos fundamentais sociais através do Poder Judiciário. O presente trabalho questionará a aplicação de um regime jurídico único para os direitos fundamentais, destacando essa aplicação para aqueles que possuem como correlação um dever fundamental. Portanto, nosso foco é trazer uma nova interpretação para a efetivação de alguns direitos sociais, dado que o Estado possui o dever fundamental correlato a alguns direitos fundamentais sociais, valendo-se o fundamento dignidade do homem.

Palavras-chave: Direitos sociais, Efetividade, Dever fundamental

Abstract/Resumen/Résumé

The following work is a study intending to seek effectiveness of the social rights through the participation of the State as the subject of fundamental duty. It is about the relationship of the dignity of the human being towards the right and its correlation with duty. Moreover, this work will approach the providing function of the State and of the legal regime adopted about the fulfillment of social rights in comparison with the rights of freedoms. The problems faced by the concretion of the social rights nowadays derive from the need of infraconstitutional lawmaking compared to legislative omission, is the low normative density assigned to the matter by the original constituent. In this sense, is highlighted the guiding constitutional provisions of fundamental social rights through the judiciary. This paper will question the application of a single legal framework for the fundamental rights, highlighting this application for those who have correlation as a fundamental duty. Therefore, our focus is to bring a new interpretation to the realization of some social rights, since the State has a

fundamental duty to correlate some fundamental social rights, drawing upon the foundation dignity of man.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social rights, Effectiveness, Fundamental duties.

1. INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são direitos inerentes à pessoa humana. Na medida em que a sociedade evolui esses direitos se aliam cada vez mais a política, através de promessas e proteção na interminável busca pelo que é justo.

Para entender os direitos fundamentais é necessário fazer uma busca histórica doutrinária sobre a sua origem, fundamento e, principalmente, o seu reconhecimento e sua utilização até os dias de hoje. Os direitos fundamentais guardam relação direta com a vida, a liberdade e a igualdade, visando o pleno desenvolvimento da pessoa humana.

A relação dos direitos fundamentais com a política, principalmente os direitos sociais, não pode ser discutida como matéria de ordem infraconstitucional, ou seja, como se fossem matérias técnicas, o que retira o caráter normativo constitucional desses direitos, bem como, não podem ser tratados sob o ponto de vista da exaltação da prevalência dos direitos fundamentais em um Estado que adota modelo liberal e democrático, pois, sua exaltação se coaduna com regimes autoritários, os quais precisam do discurso para sua observância. Também não podem ser tratados sob o aspecto programático, ou seja, programas políticos dependentes de norma infraconstitucional para sua concretude, o que serve de justificativa para não efetividade dos direitos fundamentais (DIMOULIS e MARTINS, 2010, p. 16-17).

A supremacia constitucional dos direitos fundamentais prevalece, o que significa dizer que tais direitos não podem ser subjugados pela vontade política do titular do poder público, mesmo que as normas jurídicas tenham um caráter político a ser analisado. A Constituição, portanto, é garantidora dos direitos fundamentais, tendo como fim o direito e consequentemente a justiça, a segurança e a liberdade.

Diante de tais constatações o presente artigo busca tratar os direitos sociais no seu aspecto real, concreto, ou seja, de efetividade. Para isso se busca através do questionamento do dever fundamental atrair vinculação às providências necessárias para a manutenção da dignidade da pessoa humana. A reflexão voltada para a correlação dever pode despertar o verdadeiro exercício da proteção e garantia dos direitos fundamentais sociais.

A metodologia a ser utilizada na pesquisa foi bibliográfica, partindo de uma reflexão crítica filosófica, a partir de leitura, análise e interpretação de autores e textos legais, todos submetidos a uma triagem para um plano de leitura e suas reflexões. Foi utilizada pesquisa descritiva buscando resolução de problemas como a efetivação dos direitos sociais, trazendo melhorias por meio das observações, análises e descrições objetivas das premissas identificadas.

2. A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS

A necessidade de afirmação do homem, as lutas pela redução das desigualdades e injustiças datam de longos períodos que antecedem o marco positivado dos direitos fundamentais, quais sejam, a Carta Magna de 1215, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a Revolução Francesa de 1789, a Encíclica Rerum Novarum de 1891, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, que são documentos que positivaram a proteção de direitos fundamentais.

A retrospectiva histórica aponta que a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadãos foi o marco para reconhecimento dos direitos fundamentais e teve como fundamento o jusnaturalismo moderno, servindo de inspiração ao constitucionalismo, na busca pela garantia do indivíduo e seus direitos. Iniciando-se, assim, a ideia de que o Estado deve resguardar o indivíduo, sendo o indivíduo sua própria limitação.

Não há como tratar os direitos sociais dissociados dos direitos das liberdades. Os direitos fundamentais já se encontram presentes entre os seres humanos desde a história das civilizações antigas, quando se já pensava em proteção do indivíduo perante o poder e seus pares. Somente com o Código de Hamurabi houve a primeira codificação de alguns direitos fundamentais, como: a propriedade, a vida, a honra, a dignidade, a família e a supremacia das leis.

Evoluindo para a Antiguidade Clássica percebe-se que as cidades gregas já praticavam a democracia direta (democracia direta de Péricles), os interditos que visavam proteger direitos individuais contra as arbitrariedades do poder. Não obstante, foi no direito romano, com a formulação da Lei das Doze Tábuas, que veio a proteção dos direitos individuais em relação ao Poder Estatal.

Não podemos deixar de mencionar que os direitos fundamentais já estavam preconizados nas parábolas de Jesus Cristo (FILHO, 1998, p.13). Assim, explica João Oliveira Filho (1998, p.15), em sua obra a Origem Cristã dos Direitos Fundamentais, que

a atual Declaração Universal, bem como, toda legislação existente sobre direitos humanos, não passa de uma impressão artificial, devido a sua aceitação somente ter sido conseguida através da exposição dentro de um código em que fossem proclamados, estabelecendo uma imposição de

vontades. Todavia seu real conteúdo já era autenticamente derivado de Jesus Cristo, sendo assim eternos.

Um exemplo é a parábola do fermento, localizada em Mateus (13, 33-35), no qual já colocava em evidência, desde cedo, a questão da igualdade perante os homens (FILHO, 1998, p.15).

É no período da passagem da Idade Média para a Idade Moderna que o individualismo ganha dimensão. Os movimentos religiosos buscam a manutenção da questão do espiritual, entretanto com uma essência política e econômica. Sai de cena a questão do divino, ou seja, a interferência da igreja na relação transcendental do homem com Deus para se firmar a supremacia da fé no contexto cultural e histórico. Surge, pois, o primeiro direito individual: "a liberdade de opção religiosa", presente na Magna Carta *Libertatum* da Inglaterra, outorgada por João Sem-Terra em 15 de junho de 1215.

Além disto, surge o jusnaturalismo moderno, elaborado durante os séculos XVII e XVIII, que diferem do tradicional direito natural de Tomaz de Aquino, no qual o fundamento deixa de ser o divino para ser a razão, elemento comum aos homens.

A escola do jusnaturalismo moderno surge como um dos primeiros fundamentos filosóficos dos direitos humanos, enquanto "corrente ideológica" defensora de um direito existente além do direito positivo (GALINDO, 1999, p.15), servindo de doutrina jurídica para embasar a Revolução Francesa e a Americana. Sua concepção individualista consistiu na predominância do indivíduo, que tem valor em si mesmo.

Com o jusnaturalismo nasce o pensamento liberal, uma nova visão do mundo, constituída de crenças, valores e interesses da classe social emergente - a burguesia -, que luta contra a dominação histórica do feudalismo aristocrático fundiário, herança do regime absolutista. Essa nova classe social passa a pregar a expressão do individualismo voltada para a noção de liberdade total, derrubando o poder absoluto do rei, com o ideal de Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

Assim, o Estado Liberal na sua concepção individualista, passa a proteger e garantir a efetiva realização dos direitos naturais inerentes aos indivíduos, que não são criados pelo Estado, conhecidos como direitos à liberdade, segurança e propriedade. Contudo, é com a Revolução Industrial, fase em que a burguesia passa a ter o controle político, que o Estado passa somente a aplicar, na prática, os aspectos da teoria liberal, que mais lhe interessam, recusando-se exercer os ideais sociais de igualdade quanto à distribuição social da riqueza, além de excluir o povo do acesso ao governo. Esse pensamento liberal dos direitos

fundamentais manteve-se durante o século XVII até o começo do século XIX, quando termina o período das revoluções burguesas.

É no final do século XVIII, que se inicia o processo de codificações do que pregava o jusnaturalismo. Como dizia Lafer (1998, p.39):

A ideia de sistema constitui um aspecto fundamental da contribuição do Direito Natural à jurisprudência européia, que deixou de limitar-se à exegese e à interpretação prudencial de textos singulares e passou a ter características de uma estrutura lógico-demonstrativa.

A codificação ganha evidência, pelo fato de os direitos costumeiros passarem a ser vistos como incertezas, pois não existia uma regra a ser seguida, ou seja, um instrumento eficaz para intervir na vida em sociedade.

Várias declarações anteriores à Declaração Francesa existiram, abarcando a essência dos direitos fundamentais na concepção jusnatural. A Declaração Francesa dos Direitos dos Homens, então, foi à primeira declaração que se atribuiu maior importância pelo fato de se destacar de forma abstrata e universal (ARAÚJO FILHO, 1998, p.44).

Assim, a Declaração dos Direitos dos Homens teve como fundamento o jusnaturalismo moderno, servindo de inspiração ao constitucionalismo.

Apesar das garantias em face aos direitos das liberdades, os direitos sociais também preocupavam a sociedade, motivados pela revolução industrial e mudanças de ordem econômica, social e cultural. Os problemas sociais saem à tona, despertando assim, uma consciência entre as pessoas.

Verifica-se que os direitos sociais foram contemplados na Constituição Francesa de 1793 em seu artigo 21, como também na Constituição Francesa de 1848, todavia de forma embrionária, sem grandes dimensões. Somente ganharam destaque no seu reconhecimento a partir de 1917 com a Constituição do México, em seguida a Constituição de Weimar 1919.

Os direitos sociais compreendiam participação estatal, até então afastada pelos direitos liberais, oriunda da ruptura do absolutismo. Todavia a necessidade de um mínimo de bem-estar dependia de prestações sociais do Estado. Foi o caráter excessivo da intervenção estatal que ensejou em regimes totalitários, servindo o pós-guerra de um novo marco para os direitos fundamentais, quando brota o sentimento de defesa dos direitos humanos em uma concepção universal.

O Estado passou por várias transformações, interferindo de forma imediata na sociedade e no mercado. Existiu a figura do Estado Liberal quando não se admitia o intervencionismo estatal. Posterior ao período pós-guerra surge uma nova corrente do liberalismo, o neoliberalismo, que revê os dogmas do liberalismo clássico, aceitando uma maior interferência do Estado, em espaços reservados à iniciativa privada, promovendo uma ação voltada à viabilização dos direitos mínimos. O Estado passa a intervir. No início de forma esporádica, solucionando conflitos decorrentes do modelo liberal, visando preservar a liberdade contratual e a propriedade privada.

A ideia de intervenção do Estado se consolida permitindo que o Estado Social seja garantidor de direitos como saúde, educação, lazer, previdência e alimentação. O Estado Social não rompe com o Estado Liberal, pelo contrário, reformula as ideias ampliando e aprofundando os ganhos obtidos pela derrubada do regime absolutista. No estado social a separação entre Estado e sociedade é substituída pela concepção de junção do Estado e sociedade. Não se trata de um ideal distinto na sua integralidade, já que a finalidade de ambos era limitar os excessos do poder (DALLARI, 1983, p.242).

Os regimes totalitários instaurados no período do estado social mantiveram a centralização e controle por parte do Estado de todas as atividades, intensificando sua presença na economia, em contra partida limitavam as liberdades individuais. A presença total do Estado foi marcada pelo excesso na interferência nos direitos das liberdades do homem, tal como propriedade, vontade contratual e liberdade individual. Com a derrubada dos regimes totalitários e implantação das democracias, mudanças no modelo de estado foram inevitáveis.

O Estado democrático permite, portanto, o convívio entre limitação de poder e proteção e garantias de direitos fundamentais com base nas ideias de solidariedade, igualdade e justiça social.

3. ASPECTOS CONTROVERTIDOS ACERCA DO FUNDAMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS NA DOUTRINA BRASILEIRA E ESTRANGEIRA

Antes de entrarmos nos aspectos controvertidos, interessante tecer algumas considerações acerca do conceito de direitos fundamentais.

A conceituação da expressão direitos humanos fundamentais é resultado de uma evolução de pensamentos filosóficos, sociológicos, políticos e jurídicos. Contudo, não existe uma homogeneidade quanto a sua conceituação, tendo em vista as várias concepções de sua origem, além das diversas nomenclaturas atribuídas à expressão como: direitos naturais,

direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais dos homens (SILVA, 1998, p.174).

Segundo a autora Lúcia Barros Freitas de Alvarenga (1998, p.36):

a expressão direitos humanos, para alguns autores, presume-se de uma constante histórica cujas raízes remontam às instituições e ao pensamento do mundo clássico (Lions apud Antonio Enrique Perez Luño), para outros, nasce como uma afirmação cristã da dignidade moral do homem enquanto pessoa (Battaglia apud Perez Lume).

Desta forma, percebe-se que o conceito de direitos fundamentais está intrinsecamente ligado à sua origem, além de seu fundamento.

Em primeiro plano, impede frisar, o atual debate acerca das concepções filosófico-jurídicas que justificam a existência dos direitos fundamentais, ou seja, sua razão de ser. Verificamos que tais discussões fomentam as fórmulas de proteção de tais direitos, desfazendo-se a percepção do homem como objeto. Contudo, muitos tendem a afastar o foco deste introito, concentrando-o na proteção e efetivação dos direitos fundamentais.

Partindo da análise do capítulo anterior temos que o Estado foi criado para servir ao homem, pois é protetor e garantidor dos direitos fundamentais. O Estado assume esse papel através da regulação do exercício dos direitos, criando oportunidades, interferindo em litígio e solucionando conflitos (OTERO, 2007, p.487).

Tendo isto em vista, temos que o questionamento principal que permeia a discussão a respeito da fundamentalidade dos direitos sociais consiste na dúvida se os mesmos seriam verdadeiros direitos fundamentais, nos moldes da aceção material, bem como, se os mesmos deveriam ter um regime jurídico de aplicabilidade diferenciado dos direitos das liberdades.

Neste ponto, faz-se necessário traçar alguns esclarecimentos acerca do aspecto da materialidade como fundamento dos direitos sociais. A doutrina brasileira divide a fundamentalidade em duas subdivisões, quais sejam: formal e material. A primeira diz respeito à positivação constitucional, podendo as normas de direitos fundamentais serem hierarquicamente superiores as demais, devido aplicação imediata decorrente da própria redação do texto constitucional, uma vez que as mesmas estão submetidas a limites formais e materiais estabelecidos nas cláusulas pétreas. Já o fundamento material traduzir-se-ia pela relação dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2005, p.86-87), ou ainda, para alguns autores, a materialidade estaria voltada para o curso histórico-dialético

das condições econômicas, sendo estas responsáveis pelo surgimento de novos direitos (SILVA, 1998, p.173).

Assim, entende a doutrina majoritária (Ingo Wolfgang Sarlet, Luís Roberto Barroso, Paulo Bonavides, Gilmar Ferreira Mendes) que concepção material se relaciona diretamente com a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal tem tanta presteza, que de forma alargada faz previsão da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, influenciado, pois, não só os direitos fundamentais, mas toda ordem constitucional, sendo o princípio de maior valor hierárquico. Por isso a vinculação de todos os órgãos públicos e atividade estatal.

A doutrina majoritária brasileira entende que o fundamento da dignidade da pessoa humana legitima de toda ordem estatal e comunitária e, assim, estamos diante de uma Constituição baseada na pessoa humana. Todavia, não podemos esquecer que o Supremo Tribunal Federal entendeu quanto ao conteúdo constitucional o critério formal, sendo a dignidade um critério não exclusivo, devendo guardar relação com outros dispositivos constitucionais.

Entende-se, ainda, que os direitos fundamentais formais são aqueles previstos pela constituição e que o conceito de materialidade permite não permite a existência de rol taxativo na Constituição, reconhecendo-se outros direitos fora do catálogo do Título II. Isto posto, em relação aos direitos sociais fundamentais, temos que os mesmo não encontram em forma de rol taxativo nos artigos 6º e 7º da Constituição Federal, estando também previstos no capítulo que trata Da Ordem Social e Econômica.

Sob essa perspectiva o princípio da dignidade da pessoa humana é o que motiva o Estado a prestar serviço ao cidadão, sendo determinante do conteúdo material de tais direitos.

Realizando uma comparação entre outras ordens jurídicas, verifica-se que a mesma divergência também se faz presente na doutrina portuguesa. A maioria dos doutrinadores entende que os direitos sociais são direitos fundamentais, lhes sendo atribuídas as características formais e materiais, essa última pela relação com o valor dignidade da pessoa humana (Jorge Miranda, J.J G. Canotilho, Vieira de Andrade).

Interessante é a abordagem da temática no direito alemão, tendo em vista que a discussão da fundamentalidade dos direitos sociais foi discutida ao longo da doutrina e jurisprudência, cabendo ao caso concreto à solução do fundamento. Sendo isto resultado da ausência de fundamento formal dos direitos sociais, ou seja, ausência de previsão constitucional expressa, o que ensejou a compreensão de normas programáticas (NOVAIS, 2010, p.79-80).

Dentre os vários entendimentos, a doutrina que não admitia os direitos sociais como direitos fundamentais, admitia a exigência de um mínimo existencial. Este mínimo estava diretamente ligado à dignidade da pessoa humana, o que permitia sua integração como direito fundamental (NOVAIS, 2010, p.81-82), consistindo nas necessidades básicas indispensáveis. Tal concepção influenciou outras ordens jurídicas, o acabou por ensejar a segunda problemática: a presença de regimes jurídicos distintos, o que influi diretamente na efetividade das normas de direitos sociais.

No que concerne ao regime dos direitos fundamentais, a questão crucial é analisar o grau de vinculação dos direitos sociais em face dos poderes públicos.

A doutrina brasileira é unânime quanto à aplicação do mesmo regime jurídico aos direitos das liberdades e direitos sociais, não só pela vinculação como princípio da dignidade da pessoa humana, mas também pelo princípio da aplicabilidade imediata presente no parágrafo primeiro do art. 5º da Constituição de 1988.

Ao mencionarmos aplicabilidade é importante destacarmos as diferenças existentes entre as terminologias de efetividade e de aplicabilidade, pois, apesar da aparente semelhança, cada uma possui sua peculiaridade. Segundo o dicionário Michaelis, entende-se por efetividade tudo aquilo que é real, verdadeiro, para o presente trabalho trata-se de uma prática das prestações estatais, eficácia social. Já a aplicabilidade significa a produção do efeito desejado a todos, a eficácia jurídica. Nesse sentido é explicável a utilização da terminologia efetividade propriamente dita, uma vez que esta, por ser referir à realidade, se identifica com a eficácia social, que se difere da eficácia jurídica, haja vista que na primeira há uma concreta obediência à aplicação no plano dos fatos, enquanto que a segunda não apresenta aplicação nesse plano, ou seja, não alcançando a “efetividade” (SILVA, 1998, p.48).

Diferencia, ainda, a doutrina à eficácia social e eficácia jurídica, sendo a primeira ligada diretamente à efetividade e segundo Ingo Sarlet (2005, p.229) a mesma “engloba tanto a decisão pela efetiva aplicação da norma, quando o resultado concreto decorrente ou não desta aplicação”, enquanto a segunda concerne, de acordo com o mesmo autor (SARLET, 2005, p.229) “na possibilidade da norma vigente ser aplicada aos casos concretos, gerando efeitos jurídicos”. A efetividade trazida nos texto constitucional brasileira determina a prestação social do Estado, referindo-se, portanto aos direitos sociais.

Todavia, os direitos sociais enfrentam sérios problemas quanto a sua efetividade, tendo em vista que o constituinte originário não produziu normas suficientes que efetivassem esses direitos.

A Carta Magna prevê que toda norma constitucional é dotada de um mínimo de eficácia (SARLET, 2010, p.246). No entanto, a insuficiência de normatividade, dependendo de futuro legislador, acaba não conferindo a efetividade dos direitos sociais.

Assim, interessante é a classificação doutrinária das normas constitucionais, como: de alta densidade normativa, na qual se encontram aptas a serem aplicadas, como, por exemplo, a maioria das liberdades públicas; e as de baixa densidade normativa as quais necessitam de uma interposição legislativa para poderem ganhar aplicabilidade, podendo assim gerar seus efeitos principais, sendo este o caso da maioria dos direitos sociais (SARLET, 2010, p.244).

Os tribunais brasileiros tem rebatido o entendimento de que a classificação da eficácia das normas constitucionais de direitos sociais seriam normas programáticas, ampliando, inclusive, a noção de mínimo existencial, o que favoreceu o “agigantamento” dos direitos sociais a partir do momento que possibilitou ao Poder Judiciário conferir direitos sociais pleiteados na esfera individual. Assim, mesmo havendo necessidade da função do legislador derivado, a justiciabilidade permite que o indivíduo tenha sua pretensão atendida, independente de condições financeiras do Estado. É o que vem se verificando.

A doutrina portuguesa apresenta entendimentos variados e diferentes da doutrina brasileira, pela própria estrutura da Constituição de 1976, em que prevê em sua estrutura dois tipos de regimes jurídicos: um aplicado aos direitos, liberdades e garantias e outro para o Título III que trata dos direitos econômicos, políticos e culturais. Assim, há divergência quanto à aplicação de regime distintos, por exemplo, Jorge Miranda, Canotilho, Vital Moreira, Paulo Otero, defendem aplicação distinta em posição contrária temos Jorge Reis Novais.

No entanto, a discussão continua quanto à dependência de legislação infraconstitucional e conseqüentemente vinculação as reservas financeiramente possíveis ou adequadas. Discute-se o grau de vinculação destes direitos em face dos poderes públicos, ou seja, os direitos da liberdade teriam força vinculante e uma densidade maior comparado com outras normas constitucionais e outros direitos fundamentais, enquanto os direitos sociais teriam uma vinculação legislativa em nível de criação de norma infraconstitucional para concretização e fruição dos bens jurídicos tutelados (NOVAIS, 2010, p.341-350).

Para justificar tal grau de vinculatividade argumenta a doutrina que sob os direitos sociais prevalece o aspecto prestacional, o que os difere dos direitos das liberdades. A partir do momento em que a sua necessidade financeira deve ser observada para com a coletividade, não se releva aqui os custos dos direitos - mas tão somente o fato de que no plano jurídico os direitos sociais acabam por ter relação direta de recursos financeiros do Estado-, as normas

dependem do legislador para previsão da matéria de acordo com possibilidade da coletividade. Diferente, portanto, dos direitos das liberdades, em que a matéria não exige um conteúdo, que não o próprio funcionamento do Estado.

Partindo da análise da teoria geral dos direitos fundamentais temos que os mesmos possuem traços estruturais típicos, tais como: direitos negativos (abstenção) do Estado; direito à prestação do Estado (positivos) e direitos negativos a (abstenção) dos particulares (NOVAIS, 2010, p.97 e ss). Assim, tanto os direitos das liberdades como os direitos sociais estariam abarcados por essa estrutura. Ressalvando-se o critério de fundamentalidade material respaldado na dignidade da pessoa humana.

Partindo da ideia de que os direitos sociais referem-se às necessidades vitais, devemos afastar desde já as meras vontades, inclusive não abarcadas pela própria materialidade do direito, mesmo que o Estado tenha condições de provê-las.

Nesse sentido, os recursos financeiros do Estado não desqualificam a fundamentalidade dos direitos sociais, pois também se aplicam aos direitos das liberdades. Basta lembrar que a máquina estatal para assegurar a liberdade, justiça e segurança do homem precisa de recursos financeiros.

Os direitos sociais devem compreender as necessidades humanas e, mesmo que algumas sejam sobrepostas a outras, não perdem sua ligação com o ser humano, não se diferenciando, portanto, dos direitos das liberdades. Basta analisar a perspectiva de que um direito social também é um direito individual, já que as necessidades, mesmo aplicadas no seu caráter geral, atingem a dimensão individual.

Os direitos sociais, no aspecto prestacional, acabam por se diferenciarem dos direitos das liberdades a partir do momento em que a sua necessidade financeira deve ser observada para com a coletividade.

Nesse sentido, entendemos que mesmo dependente de um condicionamento de reservas financeiras do Estado, à norma de direitos social já garante, por si só, um mínimo de necessidade ao cidadão. Ademais, constatamos que este mínimo necessário não precisa ser expresso pelo legislador derivado, o que é confirmado pela sua própria fundamentalidade, conferindo, assim, o grau de justiciabilidade desses direitos.

O aspecto de aplicabilidade prestacional do Estado depende da coletividade para a disponibilização dos recursos. Não havendo que se falar em diferença de reserva de recursos financeiros para os direitos das liberdades em detrimento dos direitos sociais. Não se trata de generalizar a prioridade, posto que a matéria definidora a ser observada terá por base o próprio indivíduo.

Ocorre que, no conflito de destinação de recursos terá de se observar a dignidade da pessoa humana que, a princípio, está ligada a própria existência e concretude do ser humano.

Portanto, os direitos sociais se encontram vinculados a todos os poderes públicos, enfoco legislador e administrador, que tem a principal responsabilidade quanto realização desses direitos, pela própria competência estabelecida constitucionalmente.

Parece que a justiciabilidade, na prática, acaba por não ser um fator de correção da problemática da concretização das necessidades da pessoa humano. Pois, somente quem alcança são os que tem acesso a justiça, começando pela contratação de advogados renomados, já que a defensoria pública não apresenta o mesmo empenho nem disponibilidade de infra-estrutura.

Nesse sentido, tem-se que as prestações sociais precisam se adaptar ao contexto econômico, o que significa levar em consideração a participação das despesas estatais, o endividamento estatal e a capacidade contributiva dos cidadãos.

A garantia dos direitos sociais constitui primariamente um problema de distribuição e não um problema de escassez.

Corroboram o economista indiano Amartya Sen quando fala que prestações sociais precisam evidentemente ser alcançadas economicamente à população, pois estudos comprovam que as maiores crises de fome da história moderna não são frutos da falta de produção de alimentos, mas de distribuição de renda (SEN, 2008, p.188 e ss).

4. DIREITOS SOCIAIS E O DEVER FUNDAMENTAL

Os direitos sociais só serão fundamentais quando da sua vinculação com a dignidade da pessoa humana. Apesar de a doutrina majoritária considerar também o aspecto formal, é importante partilharmos o entendimento da prevalência da materialidade como fundamento.

Tratam-se de direitos que dizem a respeito a qualquer indivíduo, ou seja, necessidade do ser humano sobreviver no espaço e tempo. Confirma-se isso pelo próprio processo de formação do Estado e constitucionalização a serviço do indivíduo.

Muitos estudos sobre direitos sociais partem da análise que também é um dever fundamental. No entanto, necessário é análise do conceito e dimensão do que é o dever fundamental no âmbito dos direitos sociais.

Apesar dos deveres fundamentais terem sido esquecidos no pós-guerra, já que o constitucionalismo moderno foi marcado pela conquista dos direitos fundamentais, é uma matéria que não podemos deixar de estudar. Tais deveres estão presentes no próprio conceito

de cidadania que são os indivíduos na sua posição ativa e passiva dentro de um estado, como titulares ou destinatários de um determinado número de direitos e deveres universais, com certo nível de igualdade (NABAIS, 2007, p.143).

A concepção mais conhecida dos deveres fundamentais é a conexão com a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Os deveres revestem-se de uma atuação do homem na sociedade, uma vez que eles não vivem sozinhos, suas liberdades não são absolutas e são agentes responsáveis nas áreas da política, economia e ciências sociais, seja pela segurança dos mesmos e/ou garantia dos seus direitos (ANDRADE, 2010, p. 151).

O alcance jurídico dos deveres fundamentais é o que conclama discussão sobre a temática. Para iniciarmos, primeiramente, devemos afastar as perspectivas equivocadas que rodeiam os deveres fundamentais.

Primeiro os deveres fundamentais não podem ser confundido com os direitos fundamentais, apesar de existir uma relação entre ambos, os deveres fundamentais encontram-se diretamente ligado à responsabilidade do indivíduo que vive em sociedade. Assim, com base no princípio da repartição ou liberdade, tem-se que os direitos fundamentais constituem a essência da liberdade, enquanto os deveres correspondem a sua correção (NABAIS, 2007, p. 214-215).

Outra perspectiva que deve ser afastada é a da unidade dos direitos e deveres fundamentais, em que funcionaliza os direitos fundamentais convertendo em deveres fundamentais, ou seja, o Estado como principal ator, sendo os direitos meros reflexos dos deveres do poder político, que atua na organização política e econômica. Assim os deveres fundamentais não podem ser funcionalizados, já que o Estado já assume naturalmente suas tarefas (NABAIS, 2007, p.217).

Com base nas perspectivas afastadas temos os deveres fundamentais como categoria jurídica própria, integrada aos direitos fundamentais, já que dizem respeito ao aspecto do indivíduo ser livre e responsável na comunidade. Portanto, os deveres fundamentais podem ser autônomos ou associados a direitos.

Nessa perspectiva corroboramos com o entendimento de que o fundamento lógico dos deveres fundamentais está pautado na própria expressão do Estado que tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, sendo o fundamento jurídico a sua previsão constitucional (expressa ou implícita), evidenciando a ideia de tipicidade dos deveres fundamentais (NABAIS, 2007, p.170-171).

O Estado não pode deixar de prover o mínimo de existência para o indivíduo, para seu cidadão. O grau de desenvolvimento econômico é o que proporciona um plus dentro

dessas necessidades, mas o mínimo o Estado precisa organizar, porque se não perde sua própria essência de existência. As matérias que não se encontram consagradas (expressa ou implicitamente) (NABAIS, 2007, p.251), correspondem às tarefas do Estado.

Os deveres fundamentais podem ser compreendidos no âmbito dos deveres autônomos e associados a direitos, entretanto sua concretização jurídica é o que diferencia (ANDRADE, 2010, p.151).

Os direitos autônomos seriam os deveres de respeito pelos direitos dos outros e de obediência aos atos legítimos dos poderes públicos. Tratam-se de deveres fundamentais, pois tem como fundamento jurídico a previsão constitucional (ANDRADE, 2010, p.152).

Os deveres associados a direitos seriam os deveres correlatos dos direitos fundamentais. Sendo uma dimensão dos direitos fundamentais, correspondem à atuação do Estado, seja no dever de abstenção, ingerência, proteção ou atuação dos particulares - quando no dever de não ingerência no direito do outro ou dever de respeito dos direitos fundamentais nas relações privadas. Tais deveres somente são considerados fundamentais quando são passíveis de alteração estrutural dos direitos (NABAIS, 2007, p.269-270).

Após contextualização dos deveres fundamentais passamos para análise da sua relação com os direitos sociais.

Em regra os direitos sociais apresentam apenas deveres correlatos baseado na atuação estatal, não sendo deveres fundamentais, quando não tem autonomia face aos respectivos direitos. Todavia, verifica-se que alguns direitos sociais adentram nas questões de interferência do conteúdo específico do direito de forma sob a natureza dupla dos direitos-deveres ou poderes-deveres. São estes os casos em que assumem importância constitucional, dado que a ausência do seu cumprimento interfere diretamente no resultado do direito (ANDRADE, 2010, p.159).

Corroborava Vieira de Andrade quando aduz que:

os deveres fundamentais, mesmo os aparentemente associados a direitos, constituem, na generalidade dos casos, uma realidade autônoma e exterior a cada um dele, embora, na medida em que são explicitações de valores comunitários, possam fundamentar a limitação dos direitos fundamentais em geral, designadamente das liberdades (ANDRADE, 2010, p.159).

Os deveres fundamentais, portanto, estão relacionados a deveres jurídicos dos próprios homens e desse como cidadão, podendo ser exigidos.

5. CONCLUSÃO

Ante o exposto, temos que, no tocante a fundamentalidade dos direitos sociais, a doutrina majoritária brasileira tem utilizado o fundamento material, ou seja, a relação dos direitos fundamentais com a dignidade da pessoa humana como a legitimadora da ordem estatal e comunitária.

Ademais, considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana é o motivador do Estado a prestação dos serviços à comunidade, também se sobressai o entendimento de que os direitos sociais fundamentais não são somente aqueles previstos nos artigos 6º e 7º da CRFB, mas, também, aqueles que se encontram elencados no capítulo Da Ordem Social e da Economia.

Além disto, no que concerne a efetividade de tais direitos sociais, a doutrina brasileira é unânime quando a aplicação do mesmo regime jurídico para os direitos das liberdades e os direitos sociais, haja vista que os mesmos encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, como também, ao princípio da aplicabilidade imediata, prevista na Constituição de 1988.

Entretanto, não podemos deixar de mencionar que os direitos sociais enfrentam grandes problemas, quando o assunto é efetividade, haja vista que o constituinte originário se absteve de produzir normas suficientes que os concretizassem, apesar da previsão constitucional de que todas as suas normas são dotadas de um mínimo de eficácia.

Temos ainda, de acordo com a classificação doutrinária das normas constitucionais, as normas de alta densidade normativa e as de baixa densidade normativa, todavia tais classificações não podem servir para afastar a concretização de direitos fundamentais.

Diante da necessidade dos direitos sociais na atualidade e a omissão legislativa, o Poder Judiciário atua no sentido de conferir direitos aos cidadãos de forma individual. Assim, possibilita ao indivíduo a apreciação da sua pretensão e desde de que violada seja atendida.

A discussão entre o grau de vinculação de tais direito em face dos poderes públicos, é matéria de defesa suscitada pelos entes responsáveis pela prestação dos direitos sociais, alegando esses que esses direitos possuem a sua concretização vinculada à produção de normas infraconstitucionais.

O fundamento para justificar este grau de vinculatividade, segundo a doutrina, encontra-se sobre a prevalência do aspecto prestacional inerente aos direitos sociais, o que gera a necessidade de se observar a necessidade e possibilidade financeira da coletividade,

haja vista que os mesmos mantêm relação direta com os recursos financeiros do Estado. Divergindo, assim, dos direitos das liberdades, que somente precisam do funcionamento do próprio Estado para se efetivarem.

Temos assim, portanto, que as prestações sociais do Estado para com a coletividade necessitam adequar-se a disponibilidade econômica do mesmo, considerando-se a despesas estatais, seu endividamento e a capacidade de contribuição do povo.

Ocorre que nessa discussão omite-se os deveres fundamentais que se respalda na própria dignidade da pessoa humana, que é princípio fundamental da Republica Federativa do Brasil, portanto tem o Estado um dever fundamental com a sociedade.

Os deveres fundamentais também se encontram intrínsecos no próprio conceito de cidadania, referem-se à dupla posição ocupada pelos indivíduos de um Estado, ou seja, ao mesmo tempo eles são titulares e destinatários de um número determinado de deveres e direitos universais.

Assim, na perspectiva dos direitos fundamentais sociais temos que a efetividade pode ser buscada com base no dever fundamental do Estado, não se restringindo no presente caso a uma tarefa constitucional, ou mera previsão constitucional, mas ao comprometimento do Estado baseado no princípio da dignidade da pessoa humana. Tratar como dever fundamental é trazer toda teoria da fundamentalidade do direito ao dever. Logo deve o Estado agir com dever fundamental quando da correlação dos direitos fundamentais sociais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas. *Uma dimensão hermenêutica para realização Constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ARAÚJO FILHO, Aldy Mello. *A Evolução dos Direitos Humanos*. São Luis, Ed. AAUFMA, 1998.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo, Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. São Paulo: Ed. Campus, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1983.

DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direito Fundamentais*. 2ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, João Oliveira. *Origem Cristã dos Direitos Fundamentais do Homem*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1998.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Direitos Humanos Fundamentais*. Ed. Saraiva, 2002.

LAFER, Celso. *Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Ed Companhia das Letras, 1998.

LOURENÇOS, Maria Cecília França (org.) *Direitos Humanos em Dissertações e Teses da USP (1934-1999)*. São Paulo, Editora Universidade de São Paulo, 2000.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 2ª edc. Principia. Lisboa, 2004

MOREIRA, Vital. O futuro da constituição In GRAU, Eros Roberto e FILHO, Willis Santiago Guerra. *Direito Constitucional- Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NABAIS, Cassalta. *Por uma liberdade com responsabilidade*. Almedina: Coimbra, 2007.

NOVAIS. Jorge Reis. *Os direitos sociais como direitos fundamentais*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2010.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Lisboa: Almedina, 2007.

SARLET. Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direito Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Positivo*. São Paulo, Ed. Revista M, 1998.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo, Abril Cultural.1983.

TORRES, Bruno Vesar Machado. *Concretização Constitucional e Eficácia das Normas de Diretos Fundamentais: uma análise a partir do contexto brasileiro*. Recife: UFPE/ CCJ, 1999.