

PACO  EDITORIAL

COLEÇÃO
INTERDISCIPLINAR
VOLUME 9

GABRIELA TOSS REIS
(ORG.)



A INTERDISCIPLINARIDADE NO DIREITO

ABORDAGENS DE ESTUDOS
E CASOS PRÁTICOS

BREVES APONTAMENTOS SOBRE A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Rodrigo Adriano Faresin

1. Uma síntese sobre constituições dirigentes e programáticas

Ao iniciar o estudo do constitucionalismo a primeira pergunta que vem à mente é: o que é a Constituição? A Constituição, também conhecida como Lei Suprema ou Magna Carta, é um compilado de normas de governo editadas num texto escrito que divide e delimita os poderes do Estado. De acordo com Gilberto Bercovici, a Constituição vai além da mera limitação dos poderes:

A Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma comunidade num dado período histórico, pois estabelece os pressupostos da criação, vigência e execução do resto do ordenamento jurídico, além de conformar e determinar amplamente o seu conteúdo. (Bercovici, 1999, p. 35)

Dessa forma, é a Constituição que regula os princípios que devem nortear as políticas públicas e, também, é ela que dá unidade política ao Estado.

Nem todas as constituições são iguais ou garantem os mesmos direitos. Existem, por exemplo, as “constituições garantia” e as “constituições dirigentes”.

Quando uma constituição é apenas definidora de competências e garantidora de liberdades formais, ela é uma “Constituição garantia”. Cita-se como exemplo as primeiras constituições que surgiram após a Revolução Francesa, nas quais havia igualdade e liberdade formal, sem, no entanto, estarem garantidas de fato.

Essas constituições são as chamadas constituições de primeira geração (ou primeira dimensão) de direitos e incluem, entre outras coisas, o direito à vida, igualdade perante a lei, liberdade de expressão, liberdade de religião, liberdade de circulação, direitos de propriedade, direito a um julgamento justo e direito de voto.

A constituição, desse modo, busca assegurar os direitos fundamentais do indivíduo perante seus pares e o Estado, e busca manter o *status quo* da sociedade. Essas constituições ditavam uma espécie de “direitos negativos”, ou seja, o Estado não deveria intervir ou afetar negativamente o acesso das pessoas a tais bens.

Por sua vez, a “Constituição dirigente”, a exemplo da Constituição brasileira de 1988, e que teve início com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, vai além da Constituição garantia, pois, como diz Gilberto Bercovici, a Constituição dirigente:

Passa pela questão da legitimação além dos limites formais do Estado de Direito, baseando-se também na transformação social, na distribuição de renda e na direção pública do processo econômico. A Constituição deixa de ser apenas do Estado, passa ser também da sociedade. (Bercovici, 1999, p. 38)

Ela estabelece um plano de direção e espera por uma evolução política. Essa constituição pode ser considerada de segunda geração, pois compreende os direitos sociais ligados ao trabalho, educação, saúde, habitação, cultura, lazer e segurança. Além disso, possui normas programáticas que, *a priori*, quando não cumpridas, ensejam a inconstitucionalidade por omissão. Ela traça, assim, diretrizes para uma evolução do Estado através dos preceitos constitucionais.

A Constituição brasileira de 1988, além de ser uma Constituição garantia, pois prevê muitas formas de garantias individuais e coletivas, é também uma Constituição dirigente, visto que seu objetivo não é somente manter a limitação de poderes das três esferas, organizar o

Estado de uma maneira formal, mas também dar garantias formais e materiais para os indivíduos.

Para Bercovici “o problema da Constituição dirigente é um problema de transformação da realidade” (Bercovici, 1999, p. 38). A Constituição brasileira de 1988, através de seus princípios, busca a igualdade dentro da sociedade e dá diretrizes do que deve ser feito através da sua matriz programática. Esta última estabelece orientações de como serão cumpridas pelo poder público.

A Constituição dirigente, portanto, possui uma eficácia constitucional no sentido jurídico e também uma eficácia constitucional no sentido social. Ao contrário das constituições de primeira geração, que ditavam direitos negativos, essas moldam “direitos positivos”, no sentido que o Estado deve criar, promover e incrementar o acesso das pessoas aos bens sociais, econômicos e culturais.

A eficácia constitucional no sentido jurídico define competências e garante as liberdades formais. O pensamento constitucional tradicional “está marcado pelo isolamento entre norma e realidade, dando-se ênfase em uma ou outra direção” (Bercovici, 1999, p. 39). Por isso, ela tem um objetivo mais fácil de ser atingido do que a eficácia constitucional no sentido social. Esta última só atinge seus objetivos quando houver a “observância, aplicação, execução, uso, ou seja, quando ocorrer a concretização do comando normativo no mundo real” (Bercovici, 1999, p. 39).

Prossegue o autor:

A eficácia pode ser compreendida tanto no sentido jurídico quanto no social. No primeiro caso, diz respeito a possibilidade jurídica de aplicação da norma, ou seja, é a qualidade de produzir, mais ou menos, efeitos jurídicos ao regular situações ou comportamentos. No segundo, trata-se da conformidade das condutas à norma. (Bercovici, 1999, p. 39)

Dessa forma, a eficácia social diz respeito à espontaneidade dos indivíduos em agir conforme o disposto na norma. Portanto, é possível dizer que toda norma jurídica é juridicamente eficaz, ainda que possa não ser socialmente eficaz.

Adentrando mais na questão das normas, existem as normas constitucionais programáticas e sua eficácia vinculante.

A Constituição Federal de 1988 não é apenas uma Constituição definidora de competências e liberdades formais. Ela é também programática, pois “torna mais transparente a vinculação dos órgãos de direção política ao fornecer linhas de atuação e direção” (Bercovici, 1999, p. 38). A constituição programática (diretiva ou dirigente) tem como característica o fato de possuírem normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes públicos.

Como exemplos de normas programáticas se tem as normas constitucionais que falam sobre a busca pelo pleno emprego, pela igualdade de gênero ou mesmo pelo acesso universal à educação fundamental. São, portanto, temas que, diferentemente do que muita gente imagina, não são encontrados em muitas constituições pelo mundo.

Ela não é fechada e se torna, assim, um esboço do que está por vir. Entretanto, como bem define Bercovici:

A Constituição não se limita a deixar matérias abertas, mas a estabelecer, com *caráter vinculante*, o que não pode ficar aberto e indeterminado, além de estabelecer os procedimentos por meio dos quais podem ser decididas as questões abertas. (Bercovici, 1999, p. 39)

Segundo José Afonso da Silva:

A eficácia de certas normas constitucionais não se manifesta na plenitude dos efeitos jurídicos pretendidos pelo constituinte enquanto não se emitir uma norma jurídica ordinária ou complementar executória, prevista ou requerida. (Afonso da Silva, 1998, p. 81-82 apud Bercovici, 1999, p. 43)

Ou seja, a sua eficácia vinculante depende da sua efetiva concretização dentro das leis futuras.

2. Dos direitos decorrentes

Os direitos fundamentais decorrentes são aqueles que estão implícitos na Constituição ou que derivam dos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é parte.

De acordo com Sílvio Dobrowolski:

Uma Constituição democrática se assenta sobre o compromisso político e social de cumprir ideais de vida em comum voltados a realizar a dignidade dos membros da sociedade, na qualidade de pessoas humanas. Ela se apresenta como um projeto aberto a ser realizado coletivamente, e não como algo definido e acabado. (Dobrowolski, 2005, p. 26)

Na Constituição brasileira de 1988 existem os chamados “direitos fundamentais enumerados”, que são aqueles que estão expressamente e formalmente enumerados e figuram no Art. 5º (Título II - Dos Direitos e Garantias Fundamentais), e também existem os chamados “direitos fundamentais não enumerados”, que não fazem parte do Art. 5º e estão esparsos na Constituição.

Apesar de muito confundidos entre si, os direitos fundamentais se diferenciam dos direitos humanos, sendo os primeiros direitos decorrentes e assegurados pela Constituição, e os últimos aqueles relacionados à liberdade e igualdade, sendo positivados pelo plano internacional. Os direitos humanos, portanto, são mais abrangentes que os direitos fundamentais.

Como frisado anteriormente, os direitos fundamentais não estão todos enumerados no Art. 5º, visto que eles são aqueles direitos que estão “fora de catálogo”, esparsos pelo restante do texto constitucional. Eles são:

Direitos não enumerados decorrentes do regime e dos princípios adotados na Constituição, considerados aí também incluídos, na categoria de princípios, os direitos expressos, pois positivado em normas de princípios, consoante antes explicitado. (Dobrowolski, 2005, p. 26)

Também são considerados direitos não enumerados aqueles “direitos decorrentes de tratados e convenções internacionais aprovados como emenda constitucionais” (Dobrowolski, 2005, p. 26), ou seja, os “direitos infraconstitucionais”.

Percebe-se que os direitos não enumerados (infraconstitucionais) servem para dar vida aos direitos fundamentais, e isso vai além da própria carta constitucional. A Constituição torna-se aberta com os direitos não enumerados. Assim, se enseja o reconhecimento e a garantia de outros direitos que as necessidades da vida social e as circunstâncias dos tempos puderem exigir.

Um exemplo claro encontra-se no Art. 5º § 2º da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. (Brasil, 1988, grifo nosso)

Esse §2º é o que os constitucionalistas denominam “cláusula aberta” da Constituição Federal, e os Tratados aprovados conforme o §2º são chamados de “leis infraconstitucionais”.

Destaca-se ainda, que o regime jurídico dos direitos fundamentais não enumerados terão o mesmo valor que o dos direitos expressos. Assim, eles terão uma aplicabilidade imediata e vinculativa a todos os poderes

do Estado e da sociedade, não podendo ser abolidos, conforme Art. 60, §4º, da Constituição Federal/88:

Art. 60. [...]:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais. (Brasil, 1988, grifo nosso)

De acordo com Dobrowolski, numa interpretação de Dworkin em relação aos Direitos Fundamentais não enumerados:

Nenhum deles decorre imediatamente do significado das palavras da Constituição, mas são interpretativamente construídos, e correspondem a um sistema político fundado em princípios de liberdade e igualdade, e a sua acolhida 'é a que melhor conta para estrutura geral e a história do direito constitucional'. (Dworkin, 1998, p. 79 apud Dobrowolski, 2005, p. 38)

Assim:

Perante uma situação em que se discuta a existência de um direito fundamental não enumerado, é preciso interpretar as normas de princípios a serem consideradas e, se for o caso, as relativas ao regime, a fim de constatar a dimensão da zona cinzenta nelas presente e elaborar o preceito capaz de suprir a lacuna. (Dobrowolski, 2005, p. 38)

Tem de existir compatibilidade com a Constituição material e sempre respeitar o princípio da dignidade humana.

3. Sobre as regras e princípios constitucionais

De acordo com Virgílio Afonso da Silva:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras garantem-se direitos (ou impõe-se deveres) definitivos, ao passo que,

no caso dos princípios, são garantidos direitos (ou impostos deveres) *prima facie*. (Silva, 2006, p. 27, grifo nosso)

No caso dos princípios, a realização da norma é sempre parcial, pois há uma diferença entre aquilo que é imposto *prima facie* (de imediato) e o que é imposto definitivamente. Os princípios são normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, sendo assim chamados “mandamentos de otimização”.

Já no caso das regras, se o direito corresponde a uma norma, a um dever definitivo, deve ser aplicado por “subsunção”, ou seja, ocorre quando o caso concreto se liga à norma legal em abstrato. É a adequação de uma conduta ou fato concreto (norma-fato) à norma jurídica (norma-tipo). É a tipicidade no direito penal e o suporte fático no direito constitucional.

Quando Virgílio Afonso da Silva fala da subsunção como sendo um “suporte fático”, ele mesmo reconhece que esse termo é pouco conhecido no Brasil, pois as constituições brasileiras anteriores as de 1988 eram interpretadas muito mais como um “direito constitucional da organização estatal, da organização dos poderes, e menos um direito constitucional dos direitos fundamentais” (Silva, 2006, p. 29), ou seja, mais como instrumento de organização de poderes e muito menos como um direito que garantisse os direitos fundamentais.

De todo modo, retomando a questão dos princípios, muitas vezes eles colidem ou têm um peso a ser considerado pelo julgador, que deve “sopesar” tais princípios. Sopesamento é a avaliação que o julgador faz em vista da colisão de princípios. “Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes” (Silva, 2002, p. 25).

De acordo com Virgílio, existe o “suporte fático restrito”, que indica o que é o bem ou o princípio protegido; e existe o “suporte fático amplo”, que diz que a indicação do que é protegido é só um primeiro passo do sopesamento, já que dependem do caso concreto para ser avaliados (Silva, 2006, p. 29). “A definição do âmbito de proteção é apenas a definição daquilo que é protegido *prima facie*, ou seja, de algo que poderá sofrer restrições posteriores” (Silva, 2006, p. 35). Segundo o autor, quando ocorre uma intervenção estatal fundamentada, “não se está diante de uma ‘violação’ a um direito fundamental, mas diante de uma ‘restrição’” (Silva, 2006, p. 35-36). Ainda de acordo com Virgílio:

Essa formalização ilustra bem, portanto, o caráter não-absoluto dos direitos fundamentais e a centralidade do exame da *fundamentação das restrições* para a dogmática dos direitos fundamentais e para a decisão final acerca de sua constitucionalidade (restrição permitida) ou inconstitucionalidade (violação). (Silva, 2006, p. 36)

No âmbito de análise das restrições aos Direitos Fundamentais, existem três teorias que buscam explicá-las: uma teoria interna; uma teoria externa e uma teoria dos princípios.

A “teoria interna” seria aquela que diz que o direito e seus limites “são algo uno, ou seja, que os limites são imanentes ao próprio direito” (Silva, 2006, p. 37), excluindo-se, dessa maneira, a ideia de sopesamento entre princípios impondo qualquer restrição extra.

Dessa forma, a teoria interna teria seus próprios *limites imanentes*. Além de seus limites imanentes, ela também não é influenciada pelos fatores externos, não existindo colisões com outros direitos. Assim, esses princípios teriam a estrutura de “regras”, ou seja, do tudo ou nada, não podendo ser objeto de sopesamentos. Todo o direito fundamental exercido teria um caráter *prima facie*.

Em relação à “teoria externa”, Virgílio nos fala que:

Ao contrário da teoria interna, que pressupõe a existência de apenas um objeto, *o direito e seus limites (imanes)*, a teoria externa divide esse objeto em dois: há, em primeiro lugar, *o direito em si*, e, destacado dele, as suas *restrições*. (Silva, 2006, p. 39)

Virgílio ensina que a teoria externa vai mais além da interna, pois além do caráter *prima facie*, busca também externamente o “sopesamento” como forma de solução entre os princípios. Isso quer dizer que quando um princípio no caso concreto seja considerado mais adequado que o outro, o caráter *prima facie* permanece inalterado, ou seja, sua essência não se altera, somente pode não se aplicar ao caso concreto. Assim, a teoria externa revela que não se pode ter princípios absolutos, existe a colisão entre o direito “*prima facie*” e o “direito definitivo”. Esse direito definitivo se dá a partir de fora, das condições fáticas existentes.

Não obstante essa distinção entre teoria externa e teoria interna, é a “teoria dos princípios” que nos fornece um equilíbrio entre as duas teorias acima, qual seja, somente a teoria dos princípios consegue deixar clara a razão pela qual uma norma que cede a precedência a outra em um sopesamento não é nem violada nem declarada total ou parcialmente inválida.

4. Dos direitos sociais e dos direitos de liberdade

Os direitos de liberdade, segundo Jorge Reis Novais (2010), seriam aqueles direitos clássicos de primeira geração/dimensão alhures mencionados. São “direitos formais” do indivíduo frente ao Estado, isto é, a proteção e a não intervenção do Estado nos assuntos particulares dos cidadãos. Já os direitos sociais, que segundo o autor tiveram sua primeira aparição com a Revolução Russa, seriam os direitos dos trabalhadores que estavam excluídos da sociedade quando surgiram os direitos de primeira geração. Esse direito social, como aponta o autor,

não é em sentido de “socialização” ou de “coletivização”, tomados como contrapartida do “individual” e “privado” das constituições liberais. Esse direito social seria uma “evolução” do direito clássico do Estado de Direito para um Estado de Direito Social, tendo, como fim, as questões sociais.

Temos direito de liberdade e alguns direitos sociais no Estado liberal e temos igualmente os dois tipos de direitos no Estado Social, o que os diferencia é o enfoque de cada um. Enquanto no Estado de Direito clássico o Estado garante somente as liberdades clássicas, no Estado Social de Direito, “os direitos sociais se orientam necessariamente para a exigência de atuação do Estado enquanto fornecedor de prestações fáticas de natureza econômica e social” (Novais, 2010, p. 21). Após a inserção dos Direitos Sociais na Constituição, toda a hermenêutica posterior orienta-se para a sua realização.

Em nossos dias, os direitos sociais no Estado de Direito são amplamente tidos como direitos fundamentais por força da sua relevância material, pois são exigências concretizadas ou a concretizar da dignidade da pessoa humana nos Estados constitucionais que assim o decidiram, por conta do reconhecimento dessa qualidade por parte da Constituição.

Adentrando um pouco mais na questão, nota-se que o autor considera como “direitos sociais” os seguintes:

Um direito à saúde (ou a proteção) da saúde); um direito à habitação (ou a uma habitação condigna); um direito à segurança social (ou à assistência social); um direito ao trabalho e um direito ao ensino (à educação ou à formação). (Novais, 2010, p. 40-41)

Dentro dessa perspectiva, o autor tenta encontrar a natureza jusfundamental, a sua justiciabilidade e o alcance jurídico que se apresentam em face dos direitos de liberdade.

Esses direitos apresentam duas características:

(i) o respectivo objeto de proteção respeita ao acesso individual a bens de natureza econômica, sociais e culturais absolutamente indispensáveis a uma vida digna, mas (ii) com a particularidade de se tratar de bens escassos, *custosos*, a que os indivíduos só conseguem aceder se dispuserem, eles próprios, por si ou pelas instituições em que se integrem de suficientes recursos financeiros ou se obtiverem ajuda ou as correspondentes prestações da parte do Estado. (Novais, 2010, p. 41)

Assim, tais imposições não visam somente proteger e respeitar o acesso a tais bens que as pessoas podem alcançar através de meios próprios, e não visa somente a garantia abstrata a tais bens, mas impõe também a realização fática desses bens destinados a promover o acesso aos bens econômicos, sociais ou culturais, mesmo a quem não dispõe de recursos para alcançá-los.

Novais ensina que “essa tripartição dos deveres estatais relativamente aos direitos sociais (*dever de respeitar, dever de proteger e dever de realizar*)” (Novais, 2010, p. 42, grifo do autor) é análoga às chamadas funções de defesa, de proteção e de prestação. Assim, para o autor “também os direitos sociais, tais como os de liberdade, impõe ao Estado deveres de respeitar, de proteger e de promover o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos” (Novais, 2010, p. 43-44).

Ainda, Novais destaca que os direitos sociais se aplicam a todos. Como exemplo, ele diz que se ele tivesse uma “habitação própria”, de acordo com o direito fundamental de habitação, ele não precisaria do direito a ajuda estatal para obter uma habitação, mas ele valora que o Estado “proteja” a sua habitação de eventuais ameaças ou agressões. Contudo, ele explica que se não tiver recursos para ter uma habitação própria, os buscaria, então, através dos direitos sociais, sobretudo na dimensão da promoção estatal, com o intuito de garantir o seu acesso ao bem.

Assim, o autor vai arrazoando os argumentos em favor de que os direitos sociais sejam direitos fundamentais, e também diz que “o Estado tem de dispor e poder dispor dos correspondentes recursos financeiros objetivamente exigidos para a realização destes direitos” (Novais, 2010, p. 59).

Dessa maneira, de acordo com Novais, no “Estado Social de Direito” não haveria somente uma proteção negativa dos direitos, mas uma proteção positiva, ou seja, o Estado, que têm em sua Constituição os direitos sociais, tem de buscar não somente protegê-lo para que os indivíduos os alcancem, mas também deve promover e incrementar o acesso aos referidos bens econômicos e sociais.

Na última parte do texto, o autor cita o exemplo de três países (EUA, Alemanha e Espanha) onde os direitos sociais não estão inseridos em suas constituições. Ele mostra que, embora não estejam inseridos na Constituição Federal, em diversos estados dentro desses países existem direitos sociais. Novais diz que, nesses países, embora não existam formalmente os direitos sociais, o Estado deve visar oferecer um “mínimo social” para inserir pelo menos em partes os direitos sociais como direitos fundamentais.

Entretanto, o autor considera que o pouco alcance dos direitos sociais acaba sendo evidente nesses países, ao contrário da África do Sul, Portugal e diversos países da América do Sul, inclusive o Brasil, onde os direitos sociais já estão inseridos na Constituição. O que o autor defende, por fim, é que o Estado consagre e reconheça os direitos sociais como direitos fundamentais. Assim, para ele, se existem direitos constitucionais sociais, os poderes constituídos, do legislador ao tribunal, estão constitucionalmente vinculados a eles, através dos direitos sociais como direitos fundamentais constitucionais.

5. Os direitos sociais e os direitos fundamentais

Novais nos explica a questão dos “direitos de liberdade” e dos “direitos sociais” e busca demonstrar que os direitos sociais são sim direitos fundamentais, mas não são direitos absolutos ou incondicionados e que também não existe hierarquia entre um e outro.

O autor fala também sobre a “reserva do possível”, mostrando que, teoricamente, o Estado somente seria obrigado a realizar um direito social se dispusesse dos recursos necessários ou da “reserva do financeiramente possível”. Dessa forma, os “direitos de liberdade” estariam sujeitos a uma “reserva geral imanente de ponderação”, ao qual afeta todos os direitos fundamentais, e os direitos sociais estariam sujeitos a uma reserva geral imanente do financeiramente possível.

Entretanto, o que ocorre é que os direitos sociais são mais indeterminados do que os direitos de liberdade. Não é tudo a mesma coisa e às vezes cabe a reserva do possível, mas não pode haver uma separação entre os direitos sociais e os direitos de liberdade.

Novais mostra também como é difícil conceituar um direito de liberdade. Por exemplo, o “direito ao ensino” seria para ele tanto um direito de liberdade, quanto um direito social, pois “a liberdade de aprender e ensinar é um direito de liberdade, o direito a um ensino básico gratuito é um direito social” (Novais, 2010, p. 112).

O que existe é um direito como um todo. Não existe um direito à vida, um direito à liberdade, um direito de propriedade, pois são apenas divisões teóricas. Por exemplo, o direito à vida não é apenas um direito de liberdade ou uma garantia do Estado não tirar a vida, mas também o direito do Estado de garantir a sobrevivência dos cidadãos. A mesma coisa se pode dizer do direito à liberdade de religião. Direito à habitação, a princípio, é um direito social, mas também pode ser um direito à liberdade.

Nota-se, também, que o autor se questiona por que a reserva do possível afeta, sobretudo, os direitos sociais e não os direitos de liberdade. Ele se questiona:

Por que razão o Estado pode e deve ir ao erário público para defender o direito de propriedade e investir aí somas avultíssimas, [sic] mas não teria já idêntica legitimidade ou obrigação de fazer o mesmo relativamente, por exemplo, ao direito à propriedade da saúde? (Novais, 2010, p. 114-115)

Na verdade, não há importância na diferenciação entre direitos sociais e direitos a liberdade. Os direitos sociais são direitos fundamentais e não há hierarquia entre um e outro.

O autor prega que a classificação clássica diz que, por um lado, os “direitos de liberdade” agiriam com a função de defesa, de direitos negativos; por outro, classifica os “direitos sociais” como função de prestação, como direitos positivos. Por seu turno, o autor considera os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais mencionando o seguinte exemplo:

Podemos considerar o direito à vida como um direito de liberdade, mas, por exemplo, o direito à proteção da vida nele integrável é, sobretudo, um direito positivo: ele exige que o Estado desenvolva todo um conjunto de atuações normativas ou fáticas, jurídicas ou materiais, com vista à proteção da vida. O direito à vida como um todo integra direitos ou pretensões negativas, mas também direitos ou pretensões positivas. (Novais, 2010, p. 130)

Assim, ele mostra que existem direitos positivos e negativos nos dois tipos de direito (direito de liberdade e direitos sociais), entretanto, isso não quer dizer que não haja diferenças na justiciabilidade de uns e outros direitos.

Desse modo, de acordo com o autor, na dimensão negativa do direito de defesa, pede-se ao Estado a sua omissão; já no direito positivo o que se pede ao Estado é o dever de sua atuação em uma multiplicidade de ações.

O autor mostra ainda que, na teoria, os direitos sociais custam mais ao Estado que os direitos de liberdade e, por isso, pode se ver enfraquecido, mesmo quando surge como “direito negativo”. Entretanto, como o autor mostra, ambos acabam onerando o Estado.

Devido a esses custos, falta a determinabilidade constitucional dos direitos sociais, que obrigará o Estado, através da legislação extravagante, propor suas soluções, que também deverão se adequar à situação econômica do país no momento em que forem invocadas.

Quando o legislador promulga uma lei com base nos direitos fundamentais, essas disposições passam a integrar a norma de direito fundamental:

Assim, a possibilidade de intervenção legítima, concreta, pontual, individual, da administração ou do juiz num direito fundamental de um particular depende, não apenas do disposto na Constituição, mas das autorizações, limites ou proibições contidos e especificamente regulados por lei ordinária. (Novais, 2010, p. 168)

Para resumir, os “direitos de liberdade negativos” se encontram sob uma “reserva geral imanente de ponderação”. Já os “direitos de liberdade positivos”, encontram-se sob a “reserva do politicamente adequado ou oportuno”, pois remetem à política dos órgãos do Estado. Quanto aos “direitos sociais”, estes estão protegidos sob “reserva do possível ou do financeiramente possível”.

Por fim, Novais dá o exemplo da Alemanha, onde existem os chamados “direitos a prestações derivados”. Embora não tenha os direitos sociais assegurados na própria constituição, existe, dentro dela, através do direito de igualdade dos direitos fundamentais, a “reserva do possível”, que pode ser ativada por parte do legislador ordinário e é semelhante às reservas dos direitos sociais nos países que as adotam. O que se diz “é que o direito que ela consagra não é “direito derivado a prestação” da livre disponibilidade do legislador; é direito fundamental

social, está jusfundamentalmente protegido, mas não num mínimo, mas no seu todo” (Novais, 2010, p. 178).

Dessa forma, o direito consagrado tanto pelos direitos fundamentais quanto pelos direitos sociais pode ser restringido, mas tem de haver uma justificação suficiente para tanto.

Conclusão

Conforme discutido, as constituições e o direito constitucional têm basicamente por objeto determinar a forma de Estado, a forma de governo e o reconhecimento dos direitos individuais. A Constituição pode, em resumo, definir-se como o ordenamento supremo do Estado. O direito constitucional, como a ciência das regras jurídicas e segundo as quais se estabelece, transmite e exerce a autoridade pública.

Em suma, o estabelecimento de poderes supremos, a distribuição da competência, a transmissão e o exercício da autoridade, a formulação dos direitos e garantias individuais e sociais são o objeto do direito constitucional contemporâneo.

Dentre as várias espécies de constituições destacam-se as constituições dirigentes, que são aquelas chamadas “programáticas”, que definem diretrizes para que o Estado possa atuar; e as constituições de garantia, que criam limites à atuação do Estado.

As constituições de primeira geração previam um direito negativo, de liberdade de ir e vir, mas não garantiam direitos sociais ou direitos fundamentais. A partir da segunda geração, passaram a ser previstas tais garantias. No caso dos direitos sociais, seriam os direitos exigíveis. Já os direitos fundamentais seriam os direitos previstos na Constituição. O capítulo demonstra que ambos precisam de uma organização do Estado através de políticas públicas para efetivamente serem cumpridos, assim

como necessitam de uma orientação sobre o modo que isso poderá ser feito.

Referências

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 36, n. 142, p. 35-51, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: <https://bit.ly/2OSurq0>. Acesso em: 18 jan. 2023.

DOBROWOLSKI, Sílvio. Direitos Decorrentes - Artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição de 1988. **Revista da ESMESC**, Florianópolis, v. 12, n. 18, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 2010.

SILVA, Virgílio Afonso. Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, Rio de Janeiro, v. 4, p. 23-51, 2006.

SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, v. 798, p. 23-50, 2002.