

Breve Classificação dos Direito Fundamentais

Autore: Jorge Luiz Morales Albernaz

In: Diritto civile e commerciale

ÍNDICE

A teoria dos Quatro Status de Jellinek 5

O status passivo 7

O status ativo 7

O status negativo 8

O status positivo 9

Direitos Fundamentais enquanto Direitos de Defesa 9

Direitos fundamentais enquanto Direitos de Proteção 10

Direitos Fundamentais enquanto Direito a prestações positivas 11

Direitos Fundamentais enquanto Direito à organização e ao procedimento 13

Princípio da Abertura Material do Catálogo 14

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA 16

1.

RESUMO

Sem a pretensão de esgotar o tema, o presente excerto tem por finalidade apresentar sintético apanhado sobre as mais usuais classificações convocadas pela doutrina quando da análise dos direitos e garantias fundamentais.

Abordaremos, pois, doutrinas construídas sobre a matéria que procuraram analisar, precipuamente, a

natureza, a origem e a teleologia das normas analisadas, buscando agrupá-las exatamente conforme cada um destes valores finalísticos extraídos de cada uma de suas expressões.

Passemos, portanto, a esta apresentação.

1.

ABSTRACT

Without intending to exhaust the subject, this excerpt is intended to provide a synthetic overview on the most usual ratings convened by the doctrine to analyze human rights and guarantees.

We will address, therefore, built on doctrines that sought to examine the matter, primarily, the nature, origin and teleology of the standards analyzed, trying to group them exactly by each of these ??finalistics values extracted from each of their expressions.

Let us, therefore, to this presentation.

A teoria dos Quatro Status de Jellinek

Para que possamos abordar a construção teórica aqui apresentada, é importante que, com o fim de demonstrar a linha de raciocínio seguida pelo autor supra referenciado, façamos aqui algumas observações preliminares.

Explanando acerca da finalidade das garantias fundamentais, exaltando a motivação da existência destas mesmas, Jellinek, partindo do pressuposto de que todo direito é Direito Positivo, tece a seguinte argumentação:

La validez o positividad de un derecho necessita ser garantida de algún modo; esto és: és preciso que haya poderes cuya existencia haga esperar a los ciudadanos que las normas jurídicas han de transformase, de exigencias abstractas dirigidas a la voluntad humana, en acciones concretas.¹

Exprime, assim, verdadeira máxima que demonstra o valor teleológico destas emanções principiológicas. Estas detêm, portanto, segundo o doutrinador, natureza garantista, à medida que fundamentam o ordenamento jurídico e trazem a certeza ao cidadão da concretude de seus direitos.²

Georg Jellinek notou, então, que cada uma das garantias analisadas possui uma natureza específica. Discorre, portanto, sobre a classe destas garantias, conforme sua finalidade específica, agrupando-as em garantias sociais, políticas ou puramente jurídicas.³

Para que se observe esta distinta finalidade dos direitos fundamentais, propõe o autor que, antecipadamente, notemos a situação em que se encontra o cidadão frente ao Estado, em relação a seus direitos fundamentais. Este é, assim, o ponto de referência para realizarmos a classificação proposta, que denotará a exata natureza de cada uma das normas garantidoras.

Partindo desta proposta, Jellinek determinou existir, portanto, de acordo com as possíveis relações que o indivíduo pode estabelecer com o Estado, quatro status em que se notariam uma condição juridicamente relevante, classificando-as, como dissemos, conforme a função que este ou aquele direito fundamental se destina a cumprir no ordenamento jurídico.

Entendidos os critérios e a sistemática adotados pelo doutrinador, apresentaremos a seguir, de maneira sucinta, a classificação por ele proposta, com o fulcro de orientar o desenvolvimento deste trabalho, a fim de que tenhamos, mais tarde, referência precisa para extrairmos, dentre os direitos fundamentais existentes, àqueles que realmente interessam para a análise aqui proposta.

A sistematização de uma ciência é necessária para seu próprio desenvolvimento, permitindo, também, a solução de possíveis conflitos em sua construção doutrinária. Esta é a proposta de Jellinek na feita desta teoria, pois que “una teoría particular del Derecho Público puede, y necesita, para completar su problema, ordenar y exponer em categorías generales los distintos medios que existen para garantir al Derecho Público.”⁴

Abordaremos esta teoria, portanto, com o objetivo de que a mesma permita, mais tarde, que façamos a exata identificação e classificação dos Direitos Fundamentais Sociais, o que nos levará a uma abordagem

mais fundamentada do teor destas normas garantistas.

O status passivo

Numa primeira abordagem, observou Jellinek que o indivíduo se encontra, em relação ao Estado, numa posição de verdadeira subordinação. Nestas situações, o Estado é detentor de atribuições e prerrogativas, oriundas de sua própria personalidade jurídica, capazes de vincular o indivíduo, criando mandamentos e proibições que limitam ou determinam o atuar do cidadão.

Nesta análise, percebe-se inerte o indivíduo, pois que é o Estado que lhe impõe deveres nesta situação, aos quais o mesmo se vincula necessariamente, a fim de garantir e respeitar a harmonia da convivência social. Temos o cidadão, nestas circunstâncias, num status passivo em relação ao Estado.

Observemos, em tempo, que nestas situações não existem, substancialmente, direitos individuais, mas sim verdadeiros deveres a serem cumpridos por cada cidadão, haja visto a posição do indivíduo frente ao exercício das prerrogativas de império do Estado.

O status ativo

Infere-se duma segunda observação que em outras circunstâncias o indivíduo assume status ativo em sua relação com o Estado. Numa situação diametralmente oposta, passa a ser detentor de prerrogativas cujo exercício é capaz de determinar a vontade estatal, influenciando na própria formação e desenvolvimento do Estado.

A concretização deste status se dá quando o indivíduo passa a atuar por conta do Estado, praticando sua cidadania ativamente. Exerce diretamente seu poder soberano, estabelecendo efetivamente seu status activo civitatis, “com o qual o indivíduo fica autorizado a exercer os chamados direitos políticos em sentido estrito”⁵.

A expressão máxima deste status é, portanto, o exercício dos direitos políticos, através, principalmente, do sufrágio universal e do voto direto, sem o detrimento das demais prerrogativas oriundas deste importante direito fundamental.

O status negativo

Numa outra circunstância, Jellinek observou que aquele Estado, detentor de personalidade jurídica que lhe origina prerrogativas capazes de limitar a personalidade do indivíduo, sofre, ele mesmo, limitações ao exercício pleno desta capacidade.

Em construção mais direta, afirma o autor que o cidadão detém, em razão do ordenamento jurídico-positivo existente, a capacidade de exigir, por parte do Estado, o respeito à sua personalidade individual, impedindo que o mesmo invada determinada esfera de seus direitos, ao negar a prerrogativa de império do Estado nestes momentos.

O Estado, “por efeito do dever moral que lhe incumbe de reconhecer a personalidade dos súditos”⁶, limita-se em suas prerrogativas, ficando impedido de atuar livremente em determinados momentos. Diz-se, portanto, que a entidade política reconhece o status negativo do indivíduo, respeitando o espaço de liberdade necessário à autodeterminação do indivíduo. Reconhece, assim, seu status libertatis.

O status positivo

Ao final, em outra abordagem, extrai-se de algumas situações um posicionamento individual que denota a capacidade do cidadão de exigir do Estado uma atuação concreta e eficaz por parte do mesmo. O indivíduo, nestas circunstâncias, em confronto com determinada contingência ou por não perceber atendimento a determinado direito seu, é capaz de requisitar a atuação Estatal, no sentido de ver a contingência solucionada ou seu direito atendido.

Neste momento, o Estado reconhece ao súdito “a capacidade jurídica de pretender que o poder público atue em seu favor”⁷, colocando-se, aquele, na posição de garantidor desta pretensão. A pretensão do indivíduo pode direcionar-se tanto no sentido de realização de prestações de natureza fática quanto na realização de prestações de natureza normativa.⁸

No status positivo, portanto, o indivíduo exige a atuação Estatal, pois que, protegido e fundamentado por normas garantidoras de direitos fundamentais, detém capacidade de determinar a atuação estatal em seu favor.

Direitos Fundamentais enquanto Direitos de Defesa

Uma vez apresentada a teoria de Jellinek, de tamanha importância e vanguardismo, podemos analisar agora construções teóricas mais modernas, que em muito se inspiraram ou se assemelham à anteriormente analisada.

Outra classificação proposta pela doutrina, portanto, é determinar a diferenciação dos direitos

fundamentais segundo a função que os mesmo cumprem no ordenamento jurídico brasileiro.

A primeira classificação que se faz, segundo esta proposta, enxerga determinados direitos fundamentais como direitos de defesa. Assim os denomina uma vez que estes atuam no sentido de resguardar o indivíduo das ingerências do Estado. É importante a observação tecida por Gilmar Mendes:

“Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não-impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas.”⁹

Com a atuação de normas limitadoras da capacidade de império estatal, busca-se garantir uma esfera intocável de liberdade do indivíduo, atribuindo ao mesmo um rol de direitos subjetivos que podem se concretizar mediante pretensões de abstenção, revogação ou anulação dos atos do Estado que invadem esta seara de liberdade individual.

Direitos fundamentais enquanto Direitos de Proteção

Em outra abordagem, seguindo a mesma fundamentação, notamos a existência de determinados preceitos normativos fundamentadores de uma obrigação estatal de garantir a existência e efetividade de institutos jurídicos ou direitos de liberdades constitucionalmente estabelecidos.

Esses preceitos normativos têm, portanto, a finalidade de proteger outras normas. Sem esta garantia,

estes institutos ou direitos não passariam de meras entoações legais, não contando com qualquer aplicabilidade prática. Protegem estes institutos na medida em que garantem sua eficácia.

Por ser precisa a lição de Gilmar Mendes, capaz de consolidar o entendimento aqui apresentado, voltemos a citá-lo.

Assim, a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) **depende**, pelo menos parcialmente, **da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade** (constituição e organização de pessoa jurídica, etc.). Também a liberdade de exercício profissional exige a possibilidade de estabelecimento de vínculo contratual e **pressupõe**, pois, **uma disciplina da matéria no ordenamento jurídico**. O **direito de propriedade**, como observado, **não é sequer imaginável sem disciplina normativa**.¹⁰ (grifos nossos)

Direitos Fundamentais enquanto Direito a prestações positivas

Outra classificação proposta observa o teor de certas normas que, conforme os adeptos desta doutrina, teriam a função de obrigar o Estado a prover os pressupostos fáticos necessários ao exercício dos direitos constitucionalmente assegurados. Seriam, portanto, normas que propõe um atuar estatal, voltado a prover as pretensões individuais e coletivas previamente determinadas como fundamentais ao indivíduo. Estas normas têm teor voltado a determinar os caminhos a serem perseguidos pelo Estado, com o fim de atender às pretensões criadas pelo texto constitucional.

Gilmar Mendes, neste sentido, afirma que são muito mais voltadas à conformação do futuro que a preservação do status quo.¹¹ O Estado estaria obrigado, por exemplo, uma vez constatada a pretensão à moradia, a garantir os meios necessários e suficientes para que todos os indivíduos tivessem-na garantida,

provendo-a, o próprio Estado, àqueles que não detiverem condições de satisfazê-la.

A maior discussão existente sobre o assunto repousa no questionamento da possibilidade de juridicização destas pretensões. Em outras palavras, argumenta-se se seria possível levar à apreciação do judiciário o não atendimento, por parte do Estado, destas pretensões individuais, como forma de obrigá-lo a satisfazê-las. Tal discussão, no entanto, foge dos objetivos deste trabalho, pois que será discutido em oportunidade específica.

De qualquer forma, por servir-nos de importante desfecho para esta seção, apresentaremos a seguir raciocínio tecida por Gilmar Mendes. O ilustríssimo doutrinador, discorrendo sobre o teor dos direitos fundamentais enquanto direito à prestação positiva, relembra Jellinek e traça a seguinte conclusão:

Assim, enquanto 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, de modo geral, e ressalvados os avanços registrados ao longo do tempo, 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**. A concretização dos direitos de garantias às liberdades exige, não raras vezes, a edição de atos legislativos, de modo que eventual inércia do legislador pode configurar afronta a um dever constitucional de legislar.¹² (grifo nosso)

Direitos Fundamentais enquanto Direito à organização e ao procedimento

À expressão direito à organização, primeiramente, busca-se atribuir a referência àquelas normas instituidoras de direitos que, para sua efetiva fruição, pressupõem uma atuação estatal que sistematize e organize o seu próprio corpo institucional, dividindo-o em setores, repartições ou órgãos detentores de competência específica para oferecer ao cidadão os bens ou serviços necessários a efetivação daqueles direitos.

Em sentido conexo, anota-se que outros direitos fundamentais tencionam a ordenação do exercício de prerrogativas ou faculdades, seja por parte do Estado, seja por parte do próprio cidadão, que possam, ao menos potencialmente, afetar outros direitos fundamentais do indivíduo. Tem-se, aqui, o chamado direito ao procedimento, um conjunto de valores normativos voltados a garantir ou proteger a fruição de outros direitos fundamentais, na medida em que vinculam qualquer atuação a determinado procedimento previamente determinado. É o que acontece, por exemplo, quando “se impõe que determinadas medidas estatais que afetem direitos fundamentais **devam observar um determinado procedimento, sob pena de nulidade**”¹³ (grifo nosso), ou “quando se impõe que determinados atos processuais só poderão ser praticados com a presença do advogado do acusado”¹⁴.

Apesar de distintas quanto a sua natureza e sua destinação, o conjunto de normas acima descrito são interdependentes, no sentido em que o direito fundamental ao procedimento só há de se efetivar na medida em que o Estado organize e sistematize sua operação, proporcionando ao indivíduo a possibilidade de exigi-los ou protegê-los por meio de um procedimento previamente estabelecido que, para sua validade, deva respeitar preceitos garantidores mínimos traçados pelo texto constitucional.

Princípio da Abertura Material do Catálogo

Não poderíamos deixar de apresentar, ao final deste capítulo, a importante construção doutrinária

oriunda do teor do parágrafo segundo do artigo 5º de nossa Carta Política.

Chamado de princípio da abertura do catálogo, preceitua este extrato normativo que “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.”. Com precisão ímpar, ao incluir esta previsão no elemento normativo de maior hierarquia em nosso ordenamento jurídico, rígido que é, vislumbrou o legislador a possibilidade da Lei Maior absorver as inevitáveis e imprevisíveis transformações sociais que implicam, a cada momento, na criação ou extinção de valores e princípios relevantes ao convívio em comunidade. Dá-se também a este instituto simplesmente o nome de cláusula de abertura ou cláusula de não-tipicidade.

Pelo demasiado brilhantismo e precisão das palavras do mestre Ingo Sarlet, utilizaremos de suas palavras, ao discorrer exatamente sobre o tema em questão. Vejamos, senão, sua precisa lição:

“Esta aparente distinção (entre direitos implícitos decorrentes) nos revela parte das indagações que suscita a exegese do art. 5º, §2º, da nossa Carta. Ao contrário da Constituição portuguesa (art. 16/1), que, no âmbito da abertura material do catálogo, se limita a mencionar a possibilidade de outros direitos fundamentais constantes das leis e regras de direito internacional, a nossa Constituição foi mais além, uma vez que, ao referir os direitos ‘decorrentes do regime e dos princípios’, evidentemente consagrou a **existência de direitos fundamentais não-escritos**, que podem ser deduzidos, por via de ato interpretativo, com base nos direitos constantes do ‘catálogo’, bem como no regime e nos princípios fundamentais da nossa Lei Suprema. Assim, sob pena de ficar desvirtuado o sentido da norma, cumpre reconhecer – a despeito de todas as dificuldades que a questão suscita – que, paralelamente aos direitos fundamentais fora do ‘catálogo’ (com ou sem sede na Constituição formal) o conceito materialmente aberto de direitos fundamentais abrange direitos não expressamente positivados”.

Inserido, como está, no título "Dos direitos e garantias fundamentais" e, ainda, no Capítulo "Dos direitos e deveres individuais e coletivos", a cláusula de abertura do catálogo configura também, e por si só, um importante direito fundamental do cidadão.

Consagra-se, portanto, com o comando do parágrafo segundo do artigo quinto, de nossa Constituição da República, que, em matéria de direitos fundamentais, não deve o intérprete se limitar ao catálogo formalmente apresentado na Carta Política, devendo parrear-se com as aspirações principiológicas contemporâneas, adequando o teor dos mandamentos legais e constitucionais às exigências fundamentais dos cidadãos, a todo momento.

A existência desta previsão em nosso ordenamento possibilitou que o rol de direitos fundamentais não seja estático, mas dinâmico, como as próprias relações humanas. Jellinek, ainda no alvorecer do século passado, já afirmava que “las garantías del Derecho Público son tan distintas como el Derecho mismo en cada época de la cultura y en cada Estado particular. Por esto, cada organización jurídica tiene en cada época sua garantía particular.”¹⁵

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Editora Malheiros, 2008.

Derecho e Razón Prática. México: Editora Fontamara, 1993.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 5ª ed. Saraiva, São Paulo-SP: 2005.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Ed. Fabris, Porto Alegre: 1991.

JELLINEK, Georg. **Teoria General del Estado**. Tradução da segunda edição alemã por LOS RIOS, Fernando de. Buenos Aires: Albatros, 1970.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Trad. João Baptista Machado, 6ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998.

MENDES, Gilmar. **Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 21 setembro de 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10ª ed., Porto Alegre: Editora do Advogado, 2009.

1 JELLINEK, Georg. Teoria General del Estado. Tradução da segunda edição alemã por LOS RIOS, Fernando de. Buenos Aires: Albatros, 1970. p. 591.

2 Idem.

3 JELLINEK, Georg. op. cit. p. 591.

4 Idem.

5 JELLINEK, apud MIRANDA, apud MONTEIRO, Maurício Gentil. 2005. p. 3, disponível em http://www.sintese-se.com.br/index.php?option=com_docman&task=doc_download&Itemid=11&gid=11

6 JELLINEK, apud MIRANDA, apud MONTEIRO. Maurício Gentil. Op . cit., p. 3.

7 Idem.

8 Cf. MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 21 setembro de 2009.

9 Cf. MENDES, Gilmar. Op. cit.

10 MENDES, Gilmar. Op. cit.

11 Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit.

12 Idem.

13 MENDES, Gilmar. Op. cit.

14 Idem. Op. cit.

15 JELLINEK, Georg. Op. cit. p. 591.

<https://www.diritto.it/breve-classificacao-dos-direito-fundamentais/>