

A Classificação dos Direitos Fundamentais em Vista de sua Melhor Adequação aos Princípios Constitucionais

Quando se fala em direito fundamental aborda-se uma categoria jurídica complexa, que pode ser analisada a partir de múltiplos enfoques. Isso ocorre porque o significado que os direitos fundamentais assumem no constitucionalismo contemporâneo é resultado de um longo processo histórico em que foram sendo ampliados, de forma progressiva, seu alcance e força vinculante no ordenamento.

Embora a origem remota do termo direito fundamental seja o contexto político e cultural que antecedeu a Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão na França do séc. XVIII, sua disseminação no discurso jurídico ocorreu após o advento da Lei Fundamental de Bonn de 1949. Apesar dos diversos desacordos terminológicos que envolvem a linguagem dos direitos, há certa tendência em utilizar a referida expressão para designar os direitos humanos reconhecidos e positivados em determinada ordem Constitucional.

O termo direitos humanos, todavia, tem um significado mais abrangente, sendo empregado, de modo geral, para fazer referência aos direitos do homem reconhecidos na esfera internacional, sendo também entendidos como exigências éticas que demandam positivação, ou seja, como “um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretiza as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional.” (PEREZ LUÑO, 1996, p.48).

Os direitos fundamentais podem ser analisados de diversas maneiras. Do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima. (VILLALÓN, 2001, p.108). Em outras palavras, a fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para implementação da dignidade humana.

Os direitos fundamentais assumem hoje, também um duplo caráter, ou dupla função na ordem Constitucional. Num plano subjetivo, operando como garantidores da liberdade individual de toda coletividade. No plano objetivo, caracterizam-se pelo fato de sua normatividade transcender à aplicação subjetivo-individual, pois que estes também orientam a atuação do Estado. Nesse plano o conteúdo dos direitos fundamentais constitui um comando dirigido ao Estado no sentido de proteger os direitos, o que implica, além de medidas concretas visando a efetivá-los, a atividade legislativa destinada a desenvolvê-los.

É importante realçar que os direitos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingrência do Estado no individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

A Constituição Federal de 1988 trouxe em seu título II os direitos e garantias fundamentais, subdividindo-os em cinco capítulos: direitos individuais e coletivos, direitos sociais, nacionalidade, direitos políticos e partidos políticos.

Assim, a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais:

1- direitos individuais e coletivos - correspondem aos direitos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua própria personalidade, como, por exemplo: vida, dignidade, honra, liberdade, que estão detalhados no art. 5º da Constituição Federal;

2 - direitos sociais - caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria das condições de vida aos hipo-suficientes, visando à concretização da igualdade social, que configura um dos fundamentos de nosso Estado Democrático, conforme preleciona o art.1º, IV. A Constituição Federal consagra os direitos sociais a partir do art. 6º;

3 - direitos de nacionalidade - nacionalidade é o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a um certo e determinado Estado, fazendo deste indivíduo um componente do povo, da dimensão pessoal deste Estado, capacitando-o a exigir sua proteção e sujeitando ao cumprimento de deveres impostos;

4 - direitos políticos - conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular. São direitos públicos subjetivos, investem o indivíduo no status *activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios políticos do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania. Tais normas constituem um desdobramento do princípio democrático inscrito no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal, que afirma que todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente. A Constituição regulamenta os direitos políticos no art. 14;

5 - Por último temos os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos - a Constituição Federal regulamentou os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para preservação do Estado Democrático de Direito, assegurando-lhes autonomia e plena liberdade e atuação, para concretizar o sistema representativo.

Os direitos fundamentais são integrados do ordenamento jurídico por meio de normas, as quais são formuladas a partir da interpretação de dispositivos Constitucionais. Isso significa falar que direito fundamental, norma de direito fundamental e dispositivo de direito fundamental não são figuras jurídicas idênticas. Embora essas três noções estejam estreitamente interligadas, trata-se de categorias autônomas, sendo relevante esclarecer o significado que assumem este estudo.

A noção de direito fundamental está ligada as normas de direito que veiculam mandatos, proibições e permissões. A doutrina classifica estas posições jurídicas básicas em três categorias: os direitos a algo, as liberdades e as competências. (ALEXY, 1993).

Os direitos a algo são representados por um esquema integrado por um titular (sujeito ativo), um destinatário (sujeito passivo) e um objeto.¹ O objeto da posição do direito fundamental corresponde ao dever que a norma de direito fundamental atribui ao sujeito passivo, o qual deve ser efetivado em favor do sujeito ativo, e que pode assumir forma de uma ação ou uma abstenção. Nesse sentido, os direitos a algo podem corresponder a tipos variados de posições

¹ Nesse sentido, Alexy (1997, p.186) averba que “os direitos a algo são modalidades deônticas relacionais.”.

jurídicas, tais como o direito de defesa, direitos a prestações, direitos a participação etc.

No caso dos direitos de defesa, por exemplo, o objeto será uma abstenção do Estado, podendo o sujeito ativo exigir deste que se abstenha de praticar determinados atos. Nos direitos a prestações, o objeto corresponde a uma atuação estatal que pode ser exigida pelo sujeito ativo. Quanto aos direitos a participação, seu objeto é uma atuação do Estado ao mesmo tempo positiva e negativa, ou seja, consistente em abster-se de impedir o sujeito ativo de participar das decisões estatais e em fornecer os meios necessários a que essa participação seja implementada.

Nas liberdades jurídicas, temos também três elementos: o titular da liberdade, o objeto da liberdade e um impedimento da liberdade. (ALEXY, 1993). As liberdades negativas têm por objeto alternativas de ação do titular e por obstáculo ações constrictivas praticadas por terceiros, especialmente pelo Estado. A liberdade consiste na conjugação de uma permissão de fazer algo, X não expressar sua opinião. (ALEXY, 1993). Cabe lembrar, outrossim, que as liberdades podem ser vinculadas aos direitos a algo, resultando em estruturas mais complexas.²

As competências costumam ser designadas pela doutrina como “poder”, “poder jurídico”, “faculdade” e “capacidade jurídica” - que se traduzem na possibilidade outorgada ao titular de modificar uma situação jurídica por meio de uma ação .

Para Canotilho as expressões ‘direitos do homem’ e ‘direitos fundamentais’ são frequentemente usadas como sinônimas. Segundo sua origem e significado poderiam ser distinguidas da seguinte maneira: os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista - universalista); e direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. (CANOTILHO, 1999).

É importante distinguir os direitos naturais dos direitos civis. Os primeiros, como o próprio nome indica, pertencem ao indivíduo em si, independentemente

² É importante salientar, contudo, que esta noção corresponde ao conceito de liberdade negativa. Quando se adota um conceito de liberdade positiva, o objeto da liberdade não é uma alternativa de ação, mas apenas uma ação, que deve se mostrar razoável e correta. (ALEXY, 1993).

de qualquer contrato social; os segundo são os direitos pertencentes ao indivíduo como cidadão sendo proclamados nas Constituições ou leis esparsas. (CANOTILHO, 1999).

Para o autor lusitano, só poderemos compreender a expressão direitos e garantias individuais, depois que esvaziarmos dela o sentido de direitos políticos. Segundo Canotilho, as liberdades públicas estariam ligadas ao status negativo do indivíduo e por meio dela visa-se a defender a esfera do cidadão perante a intervenção do Estado. Daí as expressões: direitos de liberdade; liberdades de autonomia e direitos negativos. Já os direitos estariam ligados ao status ativo ou positivo que salienta a participação do cidadão como elemento da vida política (direitos políticos); ou o direito às prestações necessárias ao desenvolvimento pleno da existência individual (direitos de prestação, direitos econômicos, sociais ou culturais). (CANOTILHO, 1999).

Canotilho (1999) também classifica as normas garantidoras de direitos fundamentais em normas garantidoras de direitos subjetivos e normas impositivas de deveres objetivos. Para o autor, o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito. Já as normas impositivas de um dever objetivo seria uma norma que vincula um sujeito em termos objetivos ao fundamentar deveres que não estão em relação com qualquer titular concreto.

A Classificação dos direitos fundamentais a ser adotada no presente trabalho é aquela defendida por Sarlet (1998) à qual se incorporam elementos da classificação elaborada por Alexy (1993), estabelecida em termos de inicialmente subdividi-los em duas grandes categorias:

(1) direitos fundamentais como direitos de defesa, com três subcategorias: 1.1 - direitos a não-impedimentos de ações; 1.2 - direitos à não-afetação, e; 1.3 - direitos à não-eliminações de posições jurídicas;

(2) direitos fundamentais como direitos a prestações, este segundo grupo, por sua vez, subdividido em: 2.1 - direitos a prestações em sentido amplo, que compreende: 2.1.a - direitos à proteção; 2.1.b - direitos à participação na organização e no procedimento; e, 2.2 - direitos a prestações em sentido estrito. Justifica-se a adoção de tal classificação, de uma parte, em razão de que se afigura constitucionalmente adequada, é dizer, leva em consideração, primordialmente, o direito constitucional positivo brasileiro. De outra parte, a adequação da presente

classificação se fundamenta em um critério teórico-dogmático ao inserir elementos classificatórios próprios à visão de Alexy que levam em linha de consideração o modo como os direitos fundamentais de defesa produzem efeitos em termos de direito subjetivo.³

3.1

Direitos de Defesa

São os direitos de defesa aqueles que estabelecem em favor do seu titular uma proteção contra a atuação do Estado e de terceiros, cumprindo assim, no dizer de Canotilho e Moreira (1991) uma dupla função de estabelecer no plano jurídico objetivo norma de competência negativa para os poderes públicos, devendo interferências destes na esfera individual de autodeterminação e, do ponto de vista jurídico subjetivo, implicando o poder de exigir omissões dos poderes públicos a fim de evitar agressões lesivas. São as denominadas liberdades negativas que se exercem contra o poder estatal.

Nesse sentido é que se afirma serem os direitos fundamentais, também, mecanismos de limitação do poder dos governantes. Esses direitos vinculam-se a manifestações de aspectos de personalidade do indivíduo, garantindo-lhes uma esfera protegida de ingerência externa, seja do Estado, seja de particulares, em relação a qual preserva-se o relativo arbítrio na medida em que os comportamentos dele decorrentes não importem violação nem de direitos de terceiros de outros bens constitucionalmente protegidos. A obrigação que é gerada para o Estado por tais direitos é de abstenção, visando, genericamente, à não-perturbação dos comportamentos especificamente permitidos aos indivíduos. (MATTEUCCI; BOBBIO; PASQUINO, 1994).

³ A idéia aqui, ainda que com afastamento da literalidade do texto constitucional que agrupa os direitos fundamentais como direitos individuais e coletivos, direitos sociais, direitos da nacionalidade e direitos políticos, é trazer à consideração, e nisso contribuir para a melhor compreensão do tema, o modo como os direitos da dimensão de defesa produzem seus efeitos no âmbito da perspectiva subjetiva. É justamente nessa perspectiva que são mais sentidos e, de conseguinte, mais debatidos os efeitos dos direitos fundamentais, daí a relevância de inserir-se na classificação as modalidades deontológicas propostas por Alexy (direitos a não impedimentos de ações, direitos a não afetação de propriedades e situações e direitos a não eliminação de posições jurídicas), à guisa de contribuir para a elucidação de como direitos a prestações negativas são concretizados.

Canotilho e Moreira (1991), como Perez Luño (1999) e também Miranda (1993) estão de acordo em que a dimensão de defesa dos direitos fundamentais, também denominados direitos individuais, encerra aquele elenco de direitos que - cuidando de proteger a pessoa enquanto tal, singular e individualmente considerada nos atributos formadores de sua personalidade - são arroláveis na categoria do *status libertatis* tal como definida por Georg Jellinek citado por Perez Luño (1999).

São exemplos de tais situações na nossa Constituição Federal de 1988, a liberdade de crença e culto religioso, a liberdade de associação profissional ou sindical contemplada no caput do artigo 8º, a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), o direito de resposta (art. 5º, V), a liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º IX), a liberdade de trabalho, ofício ou profissão (art.5º, XIII), a liberdade de informação (art. 5º, XIV), a liberdade de locomoção (art. 5º, XV), a liberdade de reunião (art.5º, XVI), a liberdade de associação para fins lícitos (art. 5º, XVII), a liberdade de cooperativização (art. 5º, XVIII), o direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV), o direito de ser processado pela autoridade competente (art. 5º, LIII), o direito ao processo em que estejam garantidos o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), o direito ao processo livre de provas ilícitas (art. 5º, LVI), o direito à publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX), o direito à comunicação da prisão em flagrante à autoridade judicial competente (art. 5º, LXII), o direito de o flagrado ser informado acerca de seus direitos e permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII), o direito do preso à identificação dos responsáveis pela sua prisão e interrogatório policial (art. 5º, LXIV), o direito ao relaxamento de prisão ilegal pela autoridade judiciária (art. 5º, LXV), o direito à liberdade provisória com ou sem fiança quando a lei o admitir (art. 5º, LXVI).

3.2

Direitos a Não-Impedimentos

Os direitos de defesa, no que diz com sua perspectiva subjetiva, produzem efeitos que genericamente se podem identificar como direitos a não-impedimentos de ações. Assim, por exemplo, a liberdade religiosa de que trata o artigo 5º, inciso

VI, da Constituição Federal ao mesmo tempo em que confere ao titular do direito fundamental um direito a algo, estabelece um direito ao não-impedimento do exercício do quanto ali estatuído. No mesmo enunciado se contém, pois, o direito à crença religiosa e o direito a não sofrer atos que configurem formas de impedimento ao exercício de tal direito. Como já afirmado, inclui-se no âmbito da proteção da norma em seu aspecto negativo qualquer hipótese fática que consubstancie ato de impedimento ao exercício do direito à liberdade religiosa.

Nesta perspectiva, quando o próprio Estado é responsável pela prática de qualquer ato de perturbação do direito fundamental, a proteção jusfundamental se dará em termos de um direito de defesa, sob a modalidade de criar para o perturbador um dever de não impedir o comportamento protegido. Por outro lado, quando um indivíduo for o responsável pela perturbação que impede o exercício da liberdade protegida titulada por outro indivíduo, para o Estado surge, por consequência do dever de proteção, o dever de prestar positivamente algo ao titular do direito perturbado – seja pela ação da polícia, seja pelo Ministério Público, seja através da prestação de tutela jurisdicional.

3.3

Direitos a Não-Afetações

Um outro grupo dos direitos tidos como de defesa são aqueles cujas normas estabelecem para o Estado obrigações de não afetar propriedades ou situações do titular do direito. Os exemplos dados por Alexy (1993) são o direito à vida (no caso da Constituição brasileira localizado no caput do artigo 5º), direito à saúde (art 6º, caput), direito à inviolabilidade do domicílio (art.5º, XI); direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º , X), o direito à inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telefônicas (art. 5º , XII), o direito ao respeito à integridade física e moral dos presos (art. 5º , XLIX).

3.4

Direito a Não-Eliminação de Posições Jurídicas

Dentre os direitos fundamentais há aqueles que, além de estabelecerem em favor do titular uma específica forma de proteção a um direito a algo, estatuem, do mesmo tempo, para o Estado, um dever de não eliminar aquelas determinadas posições, condições ou situações de vantagem jurídica ou, ainda, de prover imediatamente a cessação de uma lesão ou ameaça a direito especificamente incluído em seu âmbito de proteção.

As garantias institucionais oriundas dos direitos de defesa que se efetivam como direitos à não-eliminação de posições, situações ou condições de vantagem jurídica, tanto podem referir-se ao direito objetivo, em defesa do interesse coletivo, como podem referir-se a um direito subjetivo, como proteção a interesse individual, assim como podem dizer respeito a instituições de direito público, também em se referir aos institutos de direito privado, guindados à categoria constitucional. Na primeira das hipóteses (garantia institucional ao direito objetivo), têm-se como exemplos as garantias da rigidez constitucional (art. 60, incisos I, II, III), da separação dos Poderes (art. 2º), do controle concentrado de constitucionalidade (art. 102, I, parágrafos 1º e 2º), a inalterabilidade da forma federativa (art. 6º, parágrafo 4º, 1). Da segunda possibilidade (garantia institucional a direito subjetivo), são exemplos as garantias institucionais da propriedade (art. 5º, XXII), do direito de herança (art. 5º, XXXI, dos direitos autorais) (art. 5º, XXVII).

3.5

Direitos a Prestações Positivas

Tais direitos se vinculam à idéia de que é incumbência do Estado disponibilizar os meios materiais e os implementos das condições fáticas aptas a possibilitarem o exercício das liberdades. Para alguns doutrinadores, têm esses direitos como principal objetivo assegurar tanto aos indivíduos, quanto aos grupos em que se inserem, a participação na vida política, econômica, social e cultural. (PEREZ LUÑO, 1999). Suas características mais marcantes seriam, do ponto de

vista, objetivo, o de se constituírem em um conjunto de normas através das quais o Estado se desincumbe de sua tarefa de equilibrar as desigualdades sociais; e, do ponto de vista subjetivo, de serem faculdades atribuídas a indivíduos e grupos de participarem dos benefícios da vida em comunidade, que corresponde a direitos a prestações diretas e indiretas pelo poder público. (PEREZ LUÑO, 1999). Bem por isso Alexy (1993) define os direitos a prestações como sendo todos os direitos fundamentais a um ato positivo, uma ação do Estado, identificando-os como contrapartida exata ao conceito de direitos de defesa.

Para Canotilho (1962) os direitos sociais prestacionais, no plano jurídico-dogmático, promovem uma inversão relativamente ao objeto do direito subjetivo, na exata medida em que postulam uma proibição de omissão estatal, impondo aos poderes públicos uma intervenção ativa traduzida no dever de fornecimento de prestações positivas, embora o façam por intermédio de imposições constitucionais que, em razão da vagueza e indeterminação, dependem sempre a interposição do legislador ordinário e demais órgãos aptos à concretização da norma jusfundamental.

Dentre tais direitos se alinham o direito à saúde, à educação (art.6, CF/88), à aposentadoria (art. 7º, XXIV), à participação dos partidos políticos nos recursos do fundo partidário (art. 17, parágrafo 3º), ao acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e à assistência judiciária gratuita (art. 5º, LXXIV). De notar-se, por relevante, que assim como dentre os denominados direitos individuais e coletivos alinhados nos incisos do art. 5º da Constituição Federal se encontram não somente direitos a prestações negativas como também direitos a prestações positivas - tais como o já mencionado direito à assistência judiciária gratuita (LXXIV), o direito a informações de interesse particular, coletivo ou geral (XXXIII), o direito à obtenção de certidões (XXXIV, 'b'), o direito das presidiárias à amamentação de seus filhos (L), o direito do preso à identificação dos responsáveis por sua prisão (LXIV), o direito à indenização, pelo Estado, por erro judiciário e por prisão por tempo superior ao previsto na sentença (LXXV), o direito ao registro civil de nascimento e à certidão de óbito gratuito aos reconhecidamente pobres (LXXVI), o direito à gratuidade da prestação jurisdicional quanto às ações de habeas corpus e *habeas data* (LXXVII), e, por fim, o direito à duração razoável do processo administrativo ou judicial, assegurada a celeridade de sua tramitação (LXXVIII).

Também dentre os denominados direitos sociais o legislador constituinte alinhrou direito tipicamente de defesa (direitos a prestações negativas, cujos efeitos subjetivos se traduzem em deveres de não-afetações, não-impedimentos ou não-eliminações), tais como no artigo 7º o direito à irredutibilidade do salário (VI), a garantia de salário não inferior ao mínimo (VII), a proibição de diferenciações de salários, de funções e de critérios de admissão em razão de sexo, idade, cor ou estado civil (XXX), a proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual (XXXII) e a igualdade de direitos entre os trabalhadores com vínculo permanente e vínculo avulso (XXXIV). Por isso, ainda que os direitos a prestações positivas tenham uma inegável conotação econômica, social ou cultural, a denominação direitos sociais não pode ser entendida como absolutamente sinônima de dimensão prestacional positiva.

3.6

Direitos a Prestações Normativas

Caracterizam-se por estabelecerem um dever de atuação positiva por parte do destinatário da norma, alguns direitos prestacionais identificam-se nitidamente como indutores do dever de legislar tributários das clássicas funções atribuídas ao Estado de Direito. (SARLET, 1998). Nesse rol, incluem-se tanto direitos à proteção mediante a produção de normas penais quanto direitos à produção de normas de organização e procedimento. Nesse sentido, a lição de Sarlet (1998), para quem o universo dos direitos a prestações positivas em sentido amplo se define por exclusão, deles apartando-se todos os direitos fundamentais da dimensão de defesa e os direitos a prestações positivas fáticas reconduzíveis à noção do Estado social. Canotilho (1999) exemplifica com o direito à vida que, além de se caracterizar indiscutivelmente como um direito de defesa contra o Estado, que neste caso não pode dispor da vida dos cidadãos, também produz um direito derivado a prestações, na medida em que gera para o ente Estatal um dever de produzir atos normativos, tais como leis penais tendentes a proteger aquele bem jurídico.

Podemos afirmar que o direito à vida se afirma, inicial e originariamente, como direito fundamental da dimensão de defesa, no sentido de em um primeiro

momento estabelecer para o destinatário da norma um dever de não impedir, não afetar ou não eliminar posições jurídicas relativamente à vida do titular do direito. Na perspectiva ora examinada, o direito à vida estabelece para o Estado o dever de proteção, que corresponde ao direito à proteção da vida do titular do direito fundamental; o adimplemento desse dever de proteção se efetiva por parte do Estado como a produção normativa de uma rede de proteção do direito à vida.

Quanto aos direitos fundamentais à participação na organização e no procedimento, da qual decorre o dever de proteção, é lícito afirmar traduzirem-se eles em prestações normativas às quais o ente estatal se vê obrigado a fim de que o acesso e as utilizações das atividades públicas se efetivem de modo adequado ao sistema jusfundamental. Conforme sustenta Vieira de Andrade, são numerosos os direitos fundamentais consagrados na Constituição cuja concretização e cujos exercícios impõem que a organização e os procedimentos capazes de afetá-los estejam conformados por uma legislação ordinária que realize a necessária ponderação entre os valores jusfundamentais em questão (ANDRADE, 2001). Via de regra, como adverte o constitucionalista português, a dimensão organizativa e procedimental dos direitos fundamentais está associada, enquanto direitos a prestações normativas, às garantias institucionais e sua conformação infraconstitucional. (ANDRADE, 2001).

3.7

Direito a Prestações Materiais

Os direitos fundamentais a prestações materiais correspondem ao que comumente se denomina direitos sociais. Concebíveis como direitos atinentes ao *status positivus socialis* da teoria de Jellinek citado por Sarlet (1998, p.208)), os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, “objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva que pressupõem um comportamento ativo do Estado.”. Dessa forma, como bem ressalta Lafer (1999), fica evidenciada a complementaridade dos direitos fundamentais no sentido de que os denominados direitos de segunda geração ou dimensão constituem-se em direitos de crédito do indivíduo em relação primeiro à coletividade, na medida em que possibilitam o

asseguramento de condições para o pleno exercício dos direitos de defesa, tornando reais efetivos os direitos de cunho meramente formal, enquanto forma de possibilitar o acesso ao trabalho, à saúde, à educação, à previdência social etc.

Duas Teses são formuladas por Alexy (1993) em favor dos direitos fundamentais a prestações materiais; são elas:

1 - a liberdade jurídica para fazer ou deixar de fazer alguma coisa (art.5º, II, CF) sem a necessária liberdade fática para tal escolha é totalmente destituída de valor;

2 - sob as condições de vida contemporâneas, a liberdade fática de um grande número de titulares de direitos fundamentais não encontra arrimo em um âmbito vital por eles dominado, senão que depende essencialmente de atividades estatais.

Dentro do universo de sua teoria dos direitos fundamentais como princípios e regras, Alexy (1993) formula um enunciado geral para os direitos a prestações fáticas: considerando as normas jusfundamentais, cada um se encontra nas posições de direitos a prestações que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que sua outorga ou negação não podem ficar nas mãos da maioria parlamentar.

Partindo de tal formulação genérica, haverá uma posição jurídica protegida definitivamente, em oposição à idéia de direito fundamental *prima facie* pela norma fundamental prestacional social, desde que o princípio da liberdade fática (real) o exija de modo muito urgente e, tanto o princípio da visão dos Poderes quanto o princípio democrático, assim como outros princípios matérias opostos, seja afetado em uma medida relativamente reduzida (ALEXY, 1993). Podemos dizer então que o princípio da separação dos Poderes, assim como o princípio democrático e todos os demais bens constitucionalmente protegidos que podem se encontrar em posição contraposta à concretização de um determinado direito prestacional social, somente permite sua efetivação quando da ponderação entre eles resultar que o indivíduo, por se achar em uma situação de fato em que sua liberdade real se encontre ameaçada ou violada pela necessidade de obtenção de algo a cujo acesso não dispõe de condições, somente possa obter acesso ao exercício de algum direito mediante prestação estatal concreta.