

SISTEMATIZAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE CLASSIFICAÇÃO DA TIPOLOGIA JUSFUNDAMENTAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

CRITERIOS PARA LA CLASIFICACIÓN Y SISTEMATIZACIÓN DE LOS TIPOS
JUSFUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DE 1988

FABRÍCIO DE OLIVEIRA SANTANA

RESUMO

O presente trabalho investiga a tipologia jusfundamental positivada na Constituição da República de 1988, tendo em vista os recortes demarcados ao longo do Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, capitulado em direitos individuais e coletivos, sociais, de nacionalidade, políticos, e partidos políticos, analisando seu eventual caráter classificatório e perquirindo sua adequação científica, propondo uma necessária sistematização de seus critérios, assentando-se uma inteligência de dogmática analítica, sem prejuízo do apego à dogmática normativa e empírica, que passa pela identificação, na tipologia protagonista, dos vetores de titularidade e materialidade, perfazendo-se um rearranjo da classificação constituinte sob um prisma ordenado logicamente, conforme proposto. Palavras-Chave: Direitos Fundamentais – Tipologia – Classificação

RESUMEN

Este estudio investiga la tipología jusfundamental valorado positivamente en la Constitución de 1988, teniendo en cuenta los cortes marcados a lo largo del Título II, de los Derechos y garantías fundamentales, divididos en los derechos individuales y colectivos, sociales, partidos políticos nacionales, y políticas mediante el análisis de su carácter clasificatorio posible y adecuación perquiriendo científica, que propone una sistematización de los criterios requeridos, la solución de un intelecto analítico de la dogmática, sin apego a la normativa dogmática y empírica, que incluye la identificación, en la tipología que es personaje principal, los vectores de titularidad y la materialidad, lo que representa un reordenamiento de la clasificación bajo un prisma constitucional ordenado de manera lógica en la forma propuesta. Palabras clave: Derechos Fundamentales - Tipo - Clasificación

Introdução

Por tipologia deve-se conceber um conjunto de modelos, padrões, enfim, de tipos de determinado objeto a serem investigados sob uma perspectiva ordenada.

A Constituição da República de 1988, ao recortar o Título II, demarcou um *locus* expressamente qualificado como Dos Direitos e Garantias Fundamentais, desdobrando-o em cinco capítulos, respectivamente Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, Dos Direitos Sociais, Da Nacionalidade, Dos Direitos Políticos e Dos Partidos Políticos.

Apresenta-se, pois, uma tipologia de direitos fundamentais, sendo que se analisará seu caráter, considerando a distribuição textual e correlatas secções ao longo do tecido constitucional, patenteando-se como missão geral deste trabalho dissertativo expô-la à ribalta, investigando as possibilidades e limites de sua interpretação quanto à sistematização dos critérios de classificação.

Devem-se relacionar os substratos teórico-tipológicos mais importantes para a compreensão da tipologia jusfundamental positivada. Buscar-se-á interpretar a tipologia jusfundamental da nossa Constituição para nela reconhecer os critérios da titularidade e materialidade, propondo sua sistematização.

A problemática do trabalho reside na inquietação interpelante se a tipologia jusfundamental positivada na Constituição contempla uma classificação, se eventualmente tal distinção categorizada é cientificamente adequada.

Avulta-se a necessidade de uma abordagem mais detida sobre o tema, pois, *s.m.j.*, não se tem trabalho específico na nossa doutrina criticando a tipologia constituinte com a solução sistematizadora dos critérios de classificação a apresentar-se, sendo raras exceções as fontes doutrinárias e jurisprudenciais afins.

Embora com nuances teoréticas, a intelecção proposta dar-se-á preponderantemente em perspectiva dogmática, mirando o sistema constitucional brasileiro como ponto de partida¹, sublinhando a tipologia protagonista como recorte que compõe a estrutura do texto positivo maior.

¹ FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito. Decisão, Técnica, Dominação*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 48.

Será utilizado o método dedutivo, com tipo de pesquisa bibliográfica, e técnica de pesquisa textual, temática e interpretativa, analisando qualificadas exposições doutrinárias nacionais e alienígenas visando colher elementos de convicção para aprofundar a pesquisa proposta. Indutivamente se pretende analisar os julgados do Supremo Tribunal Federal.

Manejando uma teoria dos direitos fundamentais, o estudo navega claramente nas águas do direito constitucional, com uma investigação, conforme já levantado, em perspectiva preponderantemente dogmática, mas com não raros apegos à leitura teórica.

A investigação dogmática dar-se-á na complementariedade das suas dimensões, tanto analítica, trabalhando a análise dos conceitos das espécies jusfundamentais e a construção jurídica da relação entre elas²; tanto empírica, “sobretudo a partir do exame da aplicação do direito na visão do STF”³, lidando com a práxis jurisprudencial referentemente aos casos concretos emblemáticos para a discussão, e, por fim, numa dimensão normativa, buscando respostas ao problema colocado, trilhando pelo rearranjo da tipologia constituinte.

Sem maiores pretensões, o trabalho pode colaborar para a teoria dos direitos fundamentais no que toca à análise constitucionalmente adequada da tipologia jusfundamental positivada.

1. Substratos teórico-tipológicos para a análise da tipologia jusfundamental

Pela trajetória dos direitos fundamentais desde os primórdios do constitucionalismo dá-se conta de uma variedade terminológica e de acepções encontrada no trato desses tipos jusfundamentais, o que resulta, no mesmo passo, em diferentes possíveis formas de agrupá-los sob algum critério ordenado. Necessários, pois, reverenciar as três tipologias mais importantes para perfazer substrato teórico à tipologia protagonista: a tipologia em gerações, em *status*, e a composta por direitos de defesa e a prestações.

A tipologia em gerações é uma das mais alardeadas pela doutrina, e tem fonte nos processos de multiplicação dos direitos fundamentais analisados por BOBBIO, trifurcado no aumento dos bens merecedores de tutela, na extensão da titularidade de direitos típicos a sujeitos diferentes do homem, e na consideração não abstrata do homem, acolhendo-se a

² ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 33-34.

³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 31.

diversidade das maneiras de ser em sociedade, o homem criança, velho, doente, mulher, cada qual com suas especificidades concretas.⁴

Segundo o italiano,

com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade – das chamadas liberdades negativas, de religião, de opinião, de imprensa etc. – para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção direta do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano *uti singulus*, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais (ou morais) – em outras palavras, da “da pessoa” - ., para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas [...] com relação ao terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico – do homem quanto homem – para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos *status* sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação (o sexo, a idade, as condições físicas), cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção.⁵

Nesses processos, ciclos, eras de direito, concebem-se as gerações de direitos fundamentais, que guardam afeição para com a transição dos paradigmas de Estado, podendo-se falar que a primeira engloba dos direitos civis – vida, liberdade, propriedade - e políticos, a segunda abrange os direitos sociais, econômicos e culturais, e a terceira concernente aos direitos da solidariedade e fraternidade, protegendo relações globais como a paz, meio-ambiente, relações de consumo, e as particularidades de grupos desiguais como idosos, portadores de necessidades especiais, infantes e adolescentes etc.

Note-se a predileção de autores pela terminologia dimensões de direitos fundamentais, frisando uma ideia de complementariedade entre elas, e não de mera sucessão cronológica⁶, e de fato no paradigma eleito pela Constituição de 1988 as várias dimensões de direitos fundamentais devem ser interpretadas e operadas visando sua integração,

⁴ A *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 68.

⁵ *Op. cit.*, p. 69.

⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 45.

compatibilização harmônica⁷, pois, afinal, tem-se por Estado Democrático de Direito aquele “que se empenha sem assegurar aos seus cidadãos o exercício efetivo não somente dos direitos civis e políticos, mas também e sobretudo dos direitos econômicos, sociais e culturais, sem os quais de nada valeria a solene proclamação daqueles direitos”.⁸

Pela lavra do Ministro Celso de Mello, o Supremo Tribunal Federal ilustra a tipologia: “Meio ambiente – Direito à preservação de sua integridade (CF, art. 225) – Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade – Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade [...] (ADI 3.540-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 1º-9-2005, Plenário, DJ de 3-2-2006)”.

Somando ao tríduo geracional há autores que propõem uma quarta geração/dimensão, como os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo⁹, e até mesmo uma quinta, nos termos relatados por SAMPAIO¹⁰, sob uma diversidade de enfoques.

A notória¹¹ Teoria dos Quatro Status obra de Jellinek foi elaborada em sua obra *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, publicada no início do século passado, epígrafe em português indicada por SARLET¹² como Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos.

No livro JELLINEK apresenta inteligência, não obstante a obra ainda não apresente tradução do alemão, importantíssima para lavrar as temáticas relacionadas aos direitos fundamentais, quedando desde já o apelo aos proficientes em língua germânica para a empreitada. O acesso mais próximo à teoria deu-se através de ALEXY.¹³

“Teoricamente, a personalidade é uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo. Assim juridicamente ela é uma situação, um status [...] relação entre indivíduo e Estado, que se condensa em um ser”.¹⁴

⁷ SILVA, *Curso...*, *op. cit.*, p. 184.

⁸ COELHO, Inocêncio Mártires, *et al. Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 171.

⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 571.

¹⁰ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

¹¹ Desde o desenvolvimento da teoria visada “os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica”. MENDES, Gilmar Ferreira. Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. *Revista Jurídica Virtual da Presidência da República*. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm> Acesso em 15/05/2011.

¹² *A Eficácia...*, *Op. cit.*, p. 156.

¹³ *Op. cit.*, p. 254-275.

¹⁴ JELLINEK, *apud* ALEXY, *Op. cit.*, p. 255.

Essa relação com o Estado qualificadora do indivíduo, em um primeiro lance, por ventilar um estado, um modo de ser, pode conferir ao status a ideia de uma natureza ontológica. Entretanto, claramente podemos aportar o status numa plataforma deontica, pois representa um quadrante gerador de direitos e deveres, um direito subjetivo público, que pressupõe um regra objetiva fincada positivamente no ordenamento atribuindo faculdades ao indivíduo nessa relação com o Estado.

Os *status*, modelo tipológico-classificatório, representou inspiração para que autores concebessem outros status, noticia ALEXY, “concorrentes ou complementares, como o status constituens, de Denninger, o status constitucional e o status geral civil-estatal de Hesse, o status activus processualis, de Häberle, e o status libertatis, de Grabitz”.¹⁵

O *status* passivo decorre do exercício pelo Estado do poder soberano, estampando-se a “sujeição ao Estado [...] no âmbito da esfera de obrigações individuais.”¹⁶

Vale lembrar que os *status*, na complexidade das relações sociais, podem esboçar correlação, de modo que o exercício de um direito decorrente de determinado *status* pode necessitar do cumprimento do dever de outro *status*.

Um plexo de deveres e proibições do indivíduo para com o Estado são pois o objeto do *status* passivo, justificando uma gama de ações governamentais no exercício da soberania interna, como o uso legítimo da força e restrições à liberdade enquanto expedientes penais, a tributação, manifestações administrativas de poder de polícia etc.

Claro, pois, que a soberania estatal encontra limite na própria lei, e o sentido do status é justamente estabelecer limitação ao poder soberano estatal, fixando campos, esferas de liberdade ao indivíduo. A respeito, JELLINEK aponta:

Ao membro do Estado é concedido um status, no âmbito no qual ele é o senhor, uma esfera livre do Estado, que nega seu imperium. Essa é a esfera individual de liberdade, do status negativo, do status libertatis, na qual os fins estritamente individuais encontram a sua satisfação por meio da ação livre do indivíduo.¹⁷

¹⁵ *Op. cit.*, p. 254.

¹⁶ JELLINEK, *apud* ALEXY, *Op. cit.*, p. 256.

¹⁷ JELLINEK, *apud* ALEXY, *Op. cit.*, p. 258.

Ademais bate que nesse *status* há a pretensão do indivíduo ao seu reconhecimento e pela proibição de que as autoridades estatais o perturbem, ou seja, “pela proibição em relação a qualquer imposição de ordem ou de coação não legalmente fundamentada”.¹⁸ Em tese, o *status libertatis* é o coração do Estado de Direito ou Liberal, fazendo da neutralidade positiva da lei o escudo frente à arbitrariedade estatal, conferindo ao indivíduo a prerrogativa de fazer aquilo que for legalmente permitido, ou não for expressamente proibido.

Se o *status libertatis* clama abstenção, não intervenção, doutro flanco o *status* positivo invoca a presença do Estado para que ele atue assegurando direitos do indivíduo. JELLINEK, no tipo em questão, “reconhece a capacidade jurídica para recorrer ao aparato estatal e utilizar as instituições estatais, ou seja, garante ao indivíduo pretensões positivas”¹⁹, são pretensões a determinada atividade, assegurando-se meios jurídicos para a realização desse fim. Isso implica, conforme a exegese de ALEXY, a expectativa pelo indivíduo de um direito a algo perante o Estado, estabelecendo-se uma competência quanto ao seu cumprimento.²⁰

Por derradeiro o derradeiro *status activus*, nas palavras de JELLINEK, demonstra-se na outorga “de capacidades que estejam além de sua capacidade natural”²¹, indicando como exemplo clássico o direito de votar. Esse “além da capacidade natural”, além dos critérios normais de restrição ao exercício de direitos políticos, como a idade, podia ensejar também restrições censitárias para configuração dessa competência, comuns à época.

Sabido que hodiernamente a participação do indivíduo na formação da vontade do Estado tem outros parâmetros, sobretudo de natureza democrática, valendo citar HÄBERLE ao aprimorar o tipo abordado ao propor o processo como instrumento de participação e concretização dos direitos fundamentais, acenando o *status activus processualis*: “A la luz de este descubrimiento, es necesario considerar seriamente la

¹⁸ JELLINEK, *apud* ALEXY, *Op. cit.*, p. 260.

¹⁹ JELLINEK, *apud* ALEXY, *Op. cit.*, p. 263-264.

²⁰ *Op. cit.*, p. 264.

²¹ JELLINEK, *apud* ALEXY, *Op. cit.*, p. 268.

controversia sobre el contenido esencial en el Estado constitucional: el contenido esencial de un derecho fundamental contiene su status activus processualis”.²²

É certo que a participação ampla na formação da vida estatal, conforme adverte ALEXY²³, não queda com clareza no arquétipo quádruplo como sendo atinente ao *status* ativo, ou a uma pretensão estatal positiva, obscuridade talvez justificada pela noção restrita de direitos políticos e cidadania no Estado Liberal.

O mérito da tipologia jusfundamental de Jellinek sobreleva originalidade e parâmetros irrenunciáveis para alguma inteligência que lide com direitos fundamentais. Não se trata, pois, de uma teoria pronta e acabada, o que não retira seu brilhantismo, pois, conforme eleva ALEXY, “a despeito de suas inúmeras obscuridades e algumas deficiências [...] é o mais formidável exemplo de construção teórica analítica dos direitos fundamentais”.²⁴

Ao criticar as contradições do quarteto de *status*, ALEXY intenta que elas deveriam ser superadas através de uma teoria adequada sobre as posições jurídicas fundamentais, com base nas modalidades deontológicas básicas, “um sistema totalmente claro, que possibilita, em seu âmbito, um grau máximo de uma imprescindível percepção analítica dos direitos fundamentais”²⁵. Nisso defende a tipologia ora anunciada, recortando-as em dois grandes grupos, direitos de defesa e direitos a prestações.

Os direitos de defesa, conforme expõe o professor de Kiel²⁶ correspondem aos “direitos dos cidadãos, contra o Estado, a ações estatais negativas”, trifurcando num grupo “composto por direitos a que o estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito”, denominados “direitos ao não-embaraço de ações”; um segundo grupo “de direitos a que o Estado não afete determinadas características ou situações do titular do direito”, chamados “direitos à não-afetação de características e situações”; e, por fim, um terceiro grupo de direitos “a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito”, ou seja, “direitos à não-eliminação de posições jurídicas.”

Esses direitos, logo se percebe, têm nascedouro na célula mãe da liberdade, e a noção de defesa corresponde à proteção de um âmbito jurídico inato ao homem em que o Estado não pode intervir, e esse quadrante jusfundamental de arbítrio, autodeterminação, ao

²² *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Granada: Comares, 2003. p. 251.

²³ *Op. cit.*, p. 268-269.

²⁴ *Op. cit.*, p. 269.

²⁵ *Op. cit.*, p. 270.

²⁶ *Op. cit.*, p. 196-201.

ser regulado pelo Estado em sua atividade legiferante, e também administrativamente, não o pode ser de tão sorte que restrinja ou comprometa a eficácia de seu conteúdo essencial.

Mesmo que não haja regulação, e conforme anota BRANCO, que em alguns direitos “se vejam incluídas expressões vagas e aberta, isso não haverá de constituir embaraço para a sua aplicação, uma vez que o conteúdo, na maioria dos casos, pode ser determinado via hermenêutica – e a tarefa de interpretação incumbe precipuamente ao Judiciário.”²⁷

O medeio entre os vieses objetivo e subjetivo dos quadrantes de defesa, tendo em vista o sistema constitucional albergue de liberdades, confere ao titular direito subjetivo público, em um primeiro momento, de abstenção estatal potencialmente violadora do seu direito, e, posteriormente ver remediada a frustração do exercício jusfundamental, mormente em apego às garantias constitucionais. HESSE lastreia que

ao significado dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa do indivíduo frente às intervenções injustificadas do Estado corresponde seu significado jurídico objetivo como preceitos negativos de competência. As competências legislativas, administrativas e judiciais encontram seu limite sempre nos direitos fundamentais; estes excluem da competência estatal o âmbito que protegem, e, nessa medida, vedam sua intervenção.²⁸

Noutra ponta da bifurcação, os direitos fundamentais são içados a direitos a prestações, ficando ALEXY, num conceito amplo, que “todo direito a uma ação positiva, ou seja, a uma ação do Estado, é um direito a uma prestação”²⁹, contraponto à abstenção estatal própria dos direitos de defesa.

As prestações conclamam um Estado afirmativo, rementem-se ao conjunto de ações estatais necessárias para concretizar o bloco jusfundamental, sobretudo numa perspectiva de igualdade material, guardando marco jusfilosófico no Estado Social, paradigma, conforme algures ventilado, em que se oportunizou a intervenção estatal nas

²⁷ *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 291.

²⁸ Significado dos Direitos Fundamentais. *Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36.

²⁹ *Op. cit.*, p. 442.

relações econômicas e sociais para planificar o exercício dos direitos fundamentais a toda sociedade. SARLET confirma que

os direitos fundamentais a prestações enquadram-se, como já visto, no âmbito dos direitos da segunda dimensão, correspondendo à evolução do Estado de Direito, de matriz liberal-burguesa, para o Estado democrático e social de Direito, incorporando-se à maior parte das Constituições do segundo pós-guerra.³⁰

Direitos de defesa e prestações, entretanto, devem ser compatibilizados, e não opostos, pois relacionam-se na medida em que, muita vez, para garantir-se a fruição de um quadrante jusfundamental de defesa é necessária a prestação estatal.

Nesse diapasão, as prestações assumem polivalência funcional, informando ALEXY a possibilidade de encará-las em sentido amplo, que por sua vez dissociam-se em direitos à proteção e à participação na organização e procedimento, e em sentido estrito.³¹

Continua o autor de Kiel balizando que “por direitos a proteção devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o projeta contra intervenções de terceiro”.³² O exercício regular das liberdades apenas se efetiva com a proteção do Estado contra a intervenção de terceiros que possam obstruir o desenvolvimento regular dos atos civis entre os homens, emergindo a segurança pública como direito clássico à proteção.

A proteção requer igualmente prestações normativas, como um ordenamento jurídico penal, bem como regras civis, por exemplo acessórias na proteção da propriedade, tipo exigências de registros próprios para determinados bens, imóveis, veículos etc.

Quanto à organização e procedimento, embora sua amplitude terminológica possa querer dizer muitas coisas, não traduzindo uma precisão técnica³³, eis que se apontam como regramento geral viabilizador da participação do homem na formação da vontade

³⁰ *A Eficácia...*, *Op. cit.*, p. 185.

³¹ *Op. cit.*, p. 444.

³² *Op. cit.*, p. 450.

³³ ALEXY, *Op. cit.*, p. 472.

estatal, desde o voto, demais direitos políticos, até os muitos expedientes democráticos como conselhos comunitários, audiências públicas etc. Inevitável, pois, o flerte com o *status activus* de Jellinek, e especialmente o *status activus processualis* de HÄBERLE aprimorado, pugnando por uma interpretação constitucional aberta, plural, razão pela qual a necessidade de adoção ampla de procedimentos de participação cidadã para uma “conjugação de diferentes intérpretes da Constituição no exercício de suas funções específicas. A própria abertura da Constituição demonstra que não apenas o constitucionalista participa desse processo de interpretação”.³⁴

Por fim, volvam-se os olhos às prestações materiais, diretas ou indiretas, identificadas nos direitos sociais, pois, segundo ALEXY, quando se fala em “direitos à assistência à saúde, ao trabalho, à moradia e à educação, quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito”.³⁵ A Carta Brasileira abrigou inúmeros exemplos de prestações em sentido estrito, conforme se observará adiante, assertiva essencial para a configuração do Estado Democrático de Direito.

2. Crítica à tipologia classificatória constituinte: a necessidade de sistematizar seus critérios

Classificar, antes de tudo, é dispor em classes, um ato de distinção, e uma tipologia classificatória prima pela ordenação de elementos, pois, diferentes. Objetos de uma classificação, entretanto, para se assentarem no conjunto de uma tipologia devem, precedentemente, guardar uma afinidade, identificar-se por uma familiaridade justificante de sua concepção em um mesmo sistema.

Estabelecida essa identidade que aglutina comumente as partes de uma globalidade, desde então se poderá enquadrar esses objetos em categorias, em unidades dotadas de características próprias que as fazem discrepar uma das outras. Essas são as premissas básicas de uma tipologia classificatória: sua composição por objetos afins que se diferenciam no corpo de uma totalidade.

Lidando com objetos, embora em sua essência comuns, potencialmente afetados por características sortidas, o liame de distinção deve operar-se segundo uma referência, um padrão divisor dos objetos de acordo com o norte eleito: um critério.

³⁴ *Hermenêutica Constitucional*: Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 32.

³⁵ *Op. cit.*, p. 499.

A adoção de critérios permite declinar que um mesmo objeto pode ser classificado, harmonicamente na globalidade afim em que ele se conforta, diferentemente, por uma, duas, ou mais vezes, ao par da quantidade de critérios estabelecidos. Eleito um critério, cinge-se logo, no geral, em apego à premissa supra defendida, que os objetos classificados não de ser necessariamente distintos, consoante referencial adotado.

Pode-se colher nas Ciências Biológicas uma das clássicas tipologias científicas, a mundialmente notória taxonomia de Linneu, desenvolvida no século XVIII. Na referida classificação biológica dos seres vivos estabeleceram-se diversos níveis hierárquicos de identificação, tendo na base dois patamares: “gênero”, composto por “espécies”. *E.g.*, o gênero *Canis* é composto por espécies popularmente conhecidas como o cão, o lobo, o coiote e o chacal. Nesse gênero essas espécies animais guardam características comuns que os fazem todos *Canis*, e, seguidamente, aportam-se com características próprias que os identificam distintamente, cada qual como uma espécie, necessariamente discriminada.

Recordando a aurora da vida, as aulas primárias em que se ensinava a taxonomia exposta, tinha-se a ilustração por meio de uma tipologia lúdico-didática de botões.

Um conjunto de botões pode ser ordenado, estabelecida a identidade comum desses objetos, em classificações segundo diversos critérios. Um botão, quanto à cor, pode ser azul, preto, amarelo; quanto ao material, de plástico, madeira, osso; quanto ao tamanho, pequeno, médio, grande; quanto ao formato, quadrado, redondo, hexagonal etc.

A inteligência é clara: proposta uma classificação, elegendo objetos e critérios, os botões não de ser distintos no âmbito do critério eleito. Objetos e critérios, pois, são os vetores que se correlacionam em uma tipologia classificatória, sob as premissas fundamentadas.

A tipologia jusfundamental positivada na Constituição de 1988 é uma classificação? Tem-se que sim, passa-se a analisar.

O processo legislativo é um instituto previsto no enunciado do artigo 59, e tem regulamentação parcial, conforme já invocado, pela LC 95/98.

Sob a lição da CANOTILHO, ele é visto como a “sucessão de série de actos [...] necessários para produzir um acto legislativo”³⁶. Embora a tradição portuguesa seja pela

³⁶ *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 871.

terminologia procedimento³⁷, deveras se trata de processo legislativo esse “conjunto de atos preordenados visando a criação de normas de Direito”³⁸, e por sua vez procedimento é cada modalidade ritual desses atos.

Ao redor do processo reverenciado ainda gravita a técnica legislativa, ou seja, a técnica apropriada para organizar e produzir os textos normativos³⁹. Ela é personagem cuja compreensão torna-se imprescindível para a investigação do problema estudado.

Foi anotado anteriormente que a distribuição textual formalizada na secção do Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, abrangendo os artigos do 5º ao 17, demarca uma tipologia de direitos fundamentais, de senso que essa tipologia, ao seccionar a distribuição textual constitucional, demarcando um conjunto de enunciados normativos, confere a tal secção a integração à própria estrutura textual do tecido magno, constituindo recorte dogmático que é ponto de partida para extração do conteúdo normativo.

Referendando tal assertiva, CANOTILHO e MOREIRA calcam que a “arquitetura sistemática de cada divisão da Constituição pode revelar-se um bom instrumento auxiliar de interpretação das normas constitucionais, designadamente pela luz que lança sobre os tipos normativos em que estas se estruturam.”⁴⁰

O parágrafo único do art. 59 constitucional, ordenando a disposição sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, oferece comando límpido de que a lei complementar mencionada aloque também expedientes de técnica legislativa, pois esta associa-se logicamente à ideia de processo legislativo. E ao longo da LC 95/98 pode-se localizar esses expedientes de técnica legislativa que são necessários parâmetros para interpretar a tipologia jusfundamental protagonista.

No art. 11 prescreveu-se que as disposições normativas serão redigidas com clareza, precisão e ordem lógica. Para obter-se a precisão, inciso II, alínea “a”, deve-se articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma. Para a ordem lógica, inciso III, alínea “a”, reunir sob as categorias de

³⁷ Assim como procedimento administrativo, ao invés de processo.

³⁸ SILVA, *Op, cit*, p. 522.

³⁹ BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulo da Constituição & a Ordem Econômica*. Curitiba: Juruá, 2003. *Op. cit.*, . p. 28.

⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991. p. 107.

agregação – subseção, seção, capítulo, título e livro – apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei.

Interpretando a tipologia sobrelevada no Título II da Constituição, parece bastante explícito tratar-se de uma classificação. Primeiramente porque dispõe acerca de direitos fundamentais designando-os por predicados associados visceralmente às tipologias nitidamente classificatórias que foram apontadas como substrato teórico.

Em precípua, eis que no bojo do Título II estão agrupados cinco capítulos, expressamente qualificando direitos pela epígrafe que lhes foi atribuída em decorrência da distribuição textual constitucional. Seccionaram-se partes de um marco geográfico constitucional intitulado dos direitos e garantias fundamentais, e para cada parte formalmente demarcada destinou-se uma distinção conceitual. Evidente estar-se perante uma classificação, diante da estruturação lógica do Título II constitucional capitulado, demarcada e separadamente, em nítidas espécies jusfundamentais. A assertiva é arrimada pela doutrina nacional. MORAES ministra que “a classificação adotada pelo legislador constituinte estabeleceu cinco espécies ao gênero direitos e garantias fundamentais”.⁴¹ SILVA esboça uma classificação de direitos fundamentais com base na tipologia fincada no texto constitucional.⁴²

Demonstrada a tipologia classificatória jusfundamental, ela é uma classificação adequada? Tem-se que não.

Propor classificações de direitos fundamentais, de fato, revela-se empreitada espinhosa. Recorrendo novamente a SILVA, ele instiga que “esse é outro tema no qual não queremos embrenhar-se à profundidade. Encontram-se nos autores classificações e classificações dos direitos fundamentais sob variados critérios que mais confundem que esclarecem”.⁴³ Não se está aqui a propor uma classificação. Quer-se, sim, interpretar a tipologia classificatória constituinte, em perspectiva dogmático-analítica, para revelar que ela é, naquilo que se vai cotejar, cientificamente inconsistente, carecendo de um rearranjo.

Concatenando as premissas e conclusões vinculadas à ideia de classificação, manejando a tipologia transcrita, eis que os objetos classificados tratam-se de direitos

⁴¹ *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 59.

⁴² *Op. cit.*, p. 183.

⁴³ *Op. cit.*, p. 182.

fundamentais, incluídos na globalidade do Título II, consoante canal textual-formal de positivação, em virtude da qualificação jusfundamental comum atribuída ao conjunto.

Seguindo a intelecção, cada categoria jusfundamental capitulada, distinguida, enfim, classificada, deve ser necessariamente diferente das demais para justificar sua classificação. O raciocínio é óbvio, decorre das noções lógicas e básicas de uma classificação científica ilustrada na relação entre gênero e espécie. Todavia, relativamente à tipologia protagonista não chegamos a essa esperada conclusão.

As espécies discriminadamente classificadas não representam quadrantes jusfundamentais incompatíveis entre si, não esboçam a distinção necessária dentro da totalidade do Título II que justificasse sua demarcada, isolada qualificação cada qual em um Capítulo apartado, contingente da espécie de direito fundamental classificada.

Em verdade, a tipologia classificatória constituinte tem seu pecado de técnica legislativa pouco aprimorada, de fundamentação teórica ou, quiçá, de mero descuido ou incidente, na alocação aleatória, em um mesmo conjunto ou subsistema, o Título II, de direitos fundamentais que sim são classificáveis por parâmetros, referências, critérios diferentes.

No Capítulo I os direitos individuais e coletivos estão assim classificados segundo o critério da titularidade. Os demais capítulos e respectivas espécies jusfundamentais, por sua vez, classificam-se consoante o critério da materialidade.

O que isso quer dizer? Um mesmo direito fundamental pode ser adequadamente classificado ora pelo critério da titularidade, ora pela materialidade, espelhando que os direitos arrolados no Capítulo I não são discrepantes daqueles classificados geograficamente noutros capítulos (o que se esperaria de uma classificação idônea!) numa relação de globalidade, pois deveras a distinção classificatória que lhes foi designada refere-se a outro critério.

Da constatação decorre a visível inconsistência da tipologia classificatória positivada, urgindo a sistematização interpretativa dos critérios da titularidade e materialidade, nos moldes doravante a fundamentar-se, e, no Capítulo 3, refletir naquilo que é a principal decorrência da inadequação metodológica admoestada, a projeção dos direitos tidos como individuais e as exegeses quanto à intangibilidade ao poder constituinte derivado.

2.1 - Da titularidade

Os direitos arrolados no Capítulo I do Título II categorizam-se sob o critério da titularidade. Reconheça-se, contudo, que normalmente os direitos individuais são associados à materialidade dos direitos civis e políticos, bem como à funcionalidade dos direitos de defesa. As classificações jusfundamentais, sejam doutrinárias, sejam traduzidas positivamente, advertiu-se, trazem confusões conceituais que as distanciam de uma classificação prontamente adequada presidida por algum consenso, se é que existe alguma, pela própria subjetividade das abordagens teóricas.

Nesse cenário, a identificação dos critérios na tipologia jusfundamental dá-se sob um vetor de preponderância, sem excluir outras possíveis aproximações segundo parâmetros diversos, porém investigando e reconhecendo no subsistema classificatório jusfundamental os critérios que lhe guardem uma compatibilização minimamente harmônica.

O critério em questão, referentemente aos direitos fundamentais, baseia na ideia de como sua titularidade se exterioriza, de acordo com o círculo de atributividade desses titulares, e, ainda, como estes podem ser determinados.

O caráter de individual deve dar-se àquele direito cuja fruição se esgota no círculo de atuação do seu destinatário⁴⁴, destinatário-titular que é determinado.

A titularidade, conforme proposta, enlaça-se a uma noção de processualidade no que tange à forma de exercício, pelo titular, de determinado direito.

A Lei 8.078/90 insculpe princípios e definições aplicáveis à concepção dos direitos difusos e coletivos no ordenamento pátrio importantes para a análise proposta.

Sublinhe-se, pois, que o caráter individual ou coletivo decorre da forma de exercício do direito, ou seja, de como essa titularidade se exterioriza, mormente numa ótica de processualidade, balizando nossas convicções expostas, e em especial serve o diploma indicado para notar a transindividualidade dos direitos coletivos e difusos.

Trespasada a individualidade, então, os direitos coletivos têm titulares organizados em grupo, categoria, ou classe de pessoas com um vínculo de relação jurídica base, seja entre si, seja com a parte contrária. Os difusos, noutra margem, têm por titulares pessoas indeterminadas, vinculadas por circunstâncias de fato, e indeterminadas.

⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 41.

Os titulares de direitos coletivos, considerando o viés que os liga, podem ser determinados, como, *e.g.*, os trabalhadores de uma fábrica, ou da base de algum sindicato, ainda que essa determinação para difícil face à extensão dos titulares, por exemplo, em se falando de uma associação que representa moradores de um bairro com milhares de pessoas.

Os direitos difusos, embora não componham formalmente a tipologia jusfundamental protagonista, podem ser notados em titularidade derivada da coletiva, conforme se colhe do diploma indicado, distinta por sua indeterminabilidade, sendo que implicitamente no sistema constitucional podemos identificar essa forma de exercício, e adiante se ilustrará.

Corroborando a consistência teórica do critério investigado, CATTONI nos empresta que a distinção entre os direitos agrupados sob a titularidade, no paradigma Estado Democrático de Direito, é uma tarefa lógico-argumentativa,volvendo-se ao caso concreto, pois “é possível a utilização dos mais variados meios processuais para a tutela jurisdicional, quer individual, quer coletivo, desses direitos”⁴⁵.

REBELO DE SOUSA, no sistema português, dentre outras acepções referidas, entoa classificação de direitos “individuais e direitos institucionais e coletivos, cabendo a titularidade dos primeiros a pessoas físicas e a dos segundos e instituições sociais, personalizadas ou não, ou a categorias sociais”⁴⁶.

Perfiladas as duas colunas de critérios na sistematização proposta, ensaiou-se, os direitos podem ser classificados nos dois quadrantes, titularidade e materialidade, e quanto a esta, a desdobrar-se na seção seguinte, desde já podemos cotejar-lhe as classificações que o próprio constituinte lhes deu, para denotar a correlação da dualidade enfatizada.

A Constituição, art. 7º, inciso XVII, canal de positivação textual-formal, classifica como social o direito fundamental a férias, alocado no Capítulo II, materialidade. Como sua titularidade se exterioriza? Individualmente, pois o trabalhador contratado e identificado no corpo de funcionários da empregadora tem direito a férias, de acordo com seus subjetivos requisitos temporais de contratação. Vale o STF: “O direito individual às férias é adquirido após o período de doze meses trabalhados, sendo devido o pagamento do terço

⁴⁵ Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte Permanente? *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 78.

⁴⁶ *Apud* CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 298-299.

constitucional independente do exercício desse direito [...] (RE 570.908, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 16-9-09, Plenário, DJE de 12-3-10)”.

E esses mesmos direitos, *ex vi* materialidade sociais, mirando sua titularidade podem ser classificados enquanto coletivos, em virtude da maneira como são exercidos. São exemplos a liberdade sindical, art. 8º, e a greve, art. 9º, neste caso, facultando a um grupo de trabalhadores, pressupondo sua transindividualidade, “mediante paralisação do trabalho, defender interesses por eles próprios definidos como relevantes”.⁴⁷

A preponderância deve ser angulada, outrossim, na análise de muitos casos em que um mesmo direito pode ser exercido de formas diferentes, individual, coletiva ou difusamente. A classificação, nesse caso, enquadrará aquele exercício modal preponderante para tal direito, sem prejuízo de consideração distinta de acordo com o caso fático específico.

A greve citada é um direito coletivo por excelência, sendo inviável hipoteticamente que um trabalhador faça greve sozinho. Noutra ponta, certos direitos espelham variabilidade de exercício pelos titulares.

O direito de associação, art. 5º, inciso XX, e 8º, inciso V, é coletivo, pois ninguém se associa sozinho, de linha que se pressupõe uma coletividade. Decorre implicitamente, entretanto, do direito de associação, inclusive com regulamentação pelo Código Civil, art. 57, que a exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, dando nítida noção individual, pois será “o trabalhador” a ser excluído.

A segurança, artigo 6º magno, classificado materialmente como social, ao perquirimos sua lavra do art. 144, segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, esboça –se difusamente, pois todos os brasileiros têm direito à segurança pública, de serem protegidos, e igualmente responsabilidade, todos, indeterminadamente, pois não se consegue, em um primeiro momento determinar o titular do direito à segurança, de alguma maneira individual qual parcela de segurança cada cidadão tem, ou, invocar a segurança a um cidadão com especificidade.

Determinado grupo de moradores, ou de pais e mestres, pode titularizar a segurança em pleito junto ao Estado quanto à ordem pública em frente a certa escola, na

⁴⁷ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 185.

entrada e saída dos alunos, clamando por policiamento nesses horários, melhor iluminação, numa expectativa tipicamente coletiva, face à transindividualidade e o vínculo de base dos interessados em torno do problema de segurança pública naquela localidade.

Em outro prisma, uma vítima, ou testemunha, numa investigação policial ou processo penal, pode rogar proteção especial, sob os termos da Lei 9.807/99, sendo possível uma determinação e segurança individualizada. Outro exemplo clássico dessa proteção com particularidade é a custódia de detentos e reclusos nas unidades prisionais, mormente por estarem ceifados da liberdade e sem condição ampla de defender-se contra a investida de terceiros contra sua integridade física. No caso de morte de detento em cela prisional, o STF por várias ocasiões decidiu pela responsabilidade objetiva do Estado.⁴⁸

FERNANDES, apoiado em CATTONI, sobre o ao meio-ambiente, art. 225, capitulado na Ordem Social, materialidade, notoriamente direito fundamental difuso, titularidade, deslinda que, conforme o caso, “ele pode ser tratado argumentativamente como questão interindividual de direito de vizinhança, como condições adequadas de trabalho de uma categoria profissional ou, até mesmo, como direito das gerações futuras”.⁴⁹

Busca-se, pois, encartar demonstrações da viabilidade teórica desse critério de classificação dos direitos fundamentais, no qual estão enquadrados os direitos individuais e coletivos capitulados no inciso I do Título II, bem como dispersos ao longo do leito constitucional, assim como os difusos, variando a forma de exercício conforme o caso concreto, sempre numa correspondência dual titularidade/materialidade.

2.2 Da materialidade

O conteúdo é o maior referencial identificador da materialidade, gravitando ao seu redor parâmetros de essencialidade, substancialidade do objeto.

O critério da materialidade, na sistematização da tipologia protagonista, deve ser presidido, pois, pela identificação do conteúdo do direito fundamental, desvendando seu objeto, o bem tutelado e correlata função protetora.

⁴⁸ Morte de detento por colegas de carceragem. Indenização por danos morais e materiais. Detento sob a custódia do Estado. Responsabilidade objetiva. Teoria do Risco Administrativo. Configuração do nexo de causalidade em função do dever constitucional de guarda (art. 5º, XLIX). Responsabilidade de reparar o dano que prevalece ainda que demonstrada a ausência de culpa dos agentes públicos." (RE 272.839, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 1º-2-2005, Segunda Turma, DJ de 8-4-2005.)

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 235.

Tal materialidade, conforme ilustra PEREZ LUÑO, podemos aferi-la “a tenor del objeto, contenido o modalidades de ejercicio”⁵⁰, devendo-se entender modalidades de exercício funcionalmente, e não nos termos próprios da titularidade exteriorizada.

Os direitos predicados e capitulados nos Capítulos II a V do Título II, sociais, nacionalidade, políticos e partidos políticos, classificam-se em razão de materialidade. Desde logo se vê que as tipologias arroladas como substrato teórico igualmente, sob as vestes caracterizadas, reportam ao critério aventado, oportunizando-se sua conformação para com as espécies jusfundamentais classificadas na Constituição.

CANOTILHO e MOREIRA, deparando com a Constituição Portuguesa e respectiva tipologia jusfundamental, percebem a ausência de homogeneidade sistemática, subsidiando a convicção de materialidade ao relatar que classificações em cívico-políticos, e econômicos, sociais e culturais fazem-se “tendo em conta o objeto e conteúdo”.⁵¹

Diga-se, em especial, a possibilidade de operar essa mesma materialidade em duas perspectivas, quanto ao bem tutelado, e relativamente à função. A primeira inclui as gerações/dimensões, e as designações epigrafadas nos capítulos mencionados. A segunda abrange a classificação em direitos de defesa e a prestações, esteirada nos *status*. Quanto à segunda, amparando a observação, SARLET a vê como “uma proposta classificatória sob ângulo funcional”.⁵²

Os direitos sociais são expressões deônticas da igualdade material, veiculando-se por meio de prestações do Estado, sob colaboração e responsabilidade de toda a sociedade, instrumentais do acesso a condições dignas de vida.

O Estado Democrático de Direito no Brasil, não obstante a ausência nessa designação paradigmática⁵³, é Social por excelência, compondo-lhe o relevo, sob os cânones fundamentais da dignidade da pessoa humana, da erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais, e da promoção do bem de todos, um extenso rol de direitos sociais, Capítulo II, agregando, ademais, nessa jusfundamentalidade, a Ordem Social fincada no Título VIII, e nesse sentido apontada o Supremo Tribunal Federal: “(...) deve-se mencionar que o rol de garantias do art. 7º da Constituição não exaure a proteção aos direitos

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 161.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 118.

⁵² *A Eficácia...*, *Op. cit.*, p. 162.

⁵³ Ao contrário das vigentes constituições portuguesa e espanhola, nos termos já algures comentados.

sociais.” (ADI 639, voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 2-6-2005, Plenário, DJ de 21-10-2005.)

As prestações estatais podem dar-se direta ou indiretamente. No primeiro caso, exemplifica-se a educação, prevendo-se, inclusive, como princípio, art. 6º c/c art. 206, inciso IV, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. A saúde, na forma do artigo 196, constitui direito de todos e dever do Estado, com acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação, princípio materializado na manutenção da rede pública de saúde. O manejo judicial dos direitos sociais, notadamente no marco teórico do neoconstitucionalismo, no cotejo entre a reserva do possível e o mínimo existencial, vem otimizando a eficácia dessa espécie jusfundamental e mediando discussões no STF⁵⁴.

Indiretamente as prestações sociais ocasionam ações governamentais em que, não sendo possível ao Estado prover direta e gratuitamente a fruição do direito, há a criação de mecanismos propiciando um acesso facilitado e compatível, como no caso do direito à moradia, art. 6º, em que o implemento da política habitacional de interesse social, visando a oferta de unidades de preço módico às famílias de baixa renda, faz-se por expedientes como a desoneração tributária dos empreendimentos, redução de custos cartorários, doação de áreas, concessão de subsídios etc.

A segurança pública, que tem por fundo a “necessidade de amparo estatal a prejuízos ou ameaças à liberdade das pessoas por poderes alheios ao Estado”⁵⁵, materializa-se em direito de proteção.

⁵⁴ O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196) [...]. O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional insequente. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...) O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/Aids, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.” (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-9-2000, Segunda Turma, DJ de 24-11-2000.)

⁵⁵ HESSE, *Significado...*, *Op. cit.*, p. 55-56.

Vale citar que os direitos sociais funcionalmente podem também apresentar-se como direito de defesa, é o caso da greve⁵⁶, que inclusive, em inovadora decisão da Corte Mor, foi assegurada aos servidores públicos pelo STF face à mora legislativa na sua regulamentação.⁵⁷

Queda-se, então, visível que objetos identificados pelo bem tutelado como relações de trabalho, relativos à assistência social, afora os casos ilustrados, com funções basicamente prestacionais, espelham a noção de materialidade do critério defendido, bastante claro em distinção ao modo de exercício desses direitos no que toca à exteriorização da titularidade individual, coletiva ou difusa.

Os direitos afetos à nacionalidade, para sua identificação, há de transparecer-se sua natureza enquanto vinculação jurídica entre o homem e o Estado para a formação da ideia de povo. Este tem nessa natureza legal o diferenciador dos conceitos de nação, identidade cultural, e de população, elemento demográfico.

Do artigo 12 magno anotamos as regras da formação desse vínculo como nato, em síntese os *jus soli*, inciso I, “a”, decorrente do nascimento em território nacional, e *jus sanguinis*, inciso I, “a” e “b”, face à ascendência, situações que compõem a nacionalidade originária; a derivada tem expediente na naturalização, detalhada no inciso II, correlacionando-se as hipóteses, §4º, de perda dessa nacionalidade⁵⁸. No § 3º há o princípio da indistinção entre brasileiros natos e naturalizados, e exemplo de exceção residual na fixação de cargos privativos de brasileiros originários. A previsão da língua e símbolos oficiais, art. 13, justificada sua constitucionalização, é importante expressão da nacionalidade.

Os direitos do Capítulo III, Título II, então, tutelam e têm por objeto a condição de nacional, matizada na ideia de povo, edificando-se estruturalmente como vinculação jurídica ao Estado e formação deste, evidenciando-se a materialidade na sua caracterização conceitual.

O Capítulo IV abarca os direitos qualificados como políticos, compreendendo, resumidamente, “os institutos constitucionais relativos ao direito de sufrágio, aos sistemas

⁵⁶ SARLET, *A Eficácia...*, *Op. cit.*, p. 164.

⁵⁷ (MI 708, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 25-10-2007, Plenário, DJE de 31-10-2008.)

⁵⁸ CARVALHO, *Op. cit.*, p. 376-381.

eleitorais, às hipóteses de perda e suspensão dos direitos políticos e às regras de inelegibilidade”.⁵⁹

Os direitos políticos, funcionalmente havidos como prestacionais quanto à participação na organização e procedimento, sob a dicção do artigo 14, materializam concreções do princípios fundamentais da soberania popular e democrático, espelhando instrumentos viabilizadores da participação do cidadão na formação da vontade estatal, como se pode pegar da dicção constitucional, o voto direto e secreto, ícone da democracia representativa, e também, incisos I, II, e III, respectivamente, o plebiscito, referendo, e iniciativa popular⁶⁰, estes que, embora o “diretamente” do artigo 1º, Parágrafo Único, são institutos de democracia semidireta.

O voto, direto, secreto, universal e periódico, indumentária pétrea que se lhe veste, artigo 60, §4º, inciso II, vem coadjuvando discussões acerca da organização e funcionamento dos partidos políticos, Capítulo V, desde já invocados à discussão.

Partindo-se da filiação partidária enquanto condição de elegibilidade, artigo 14, §3º, inciso V, e notadamente o preceito da fidelidade partidária, 17, § 1º, imantado pelo jargão popular de que “o mandato é do partido”, o Supremo Tribunal Federal conferiu constitucionalidade às resoluções do Tribunal Superior Eleitoral quanto à perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária⁶¹.

Não se nega a capital importância dos partidos políticos para a conformação da democracia representativa, contudo a decisão, ao menos no campo das hipóteses, demonstra confronto com a ideia de voto direto para a escolha e manutenção do representante detentor do mandato eletivo⁶², debate pontual que, no limiar da suplicada reforma política, certamente permeará o palco da Corte Mor caso aprovada a PEC 023/11⁶³ que pretende institucionalizar o alcunhado “voto em lista”, mitigando a direção do eleitor apenas para a legenda partidária,

⁵⁹ ARAÚJO e NUNES JÚNIOR, *Op. cit.*, p. 199.

⁶⁰ A Lei 9.709/1998, regulamenta os incisos e institutos indicados.

⁶¹ (ADI 3.999 e ADI 4.086, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 12-11-2008, Plenário, DJE de 17-4-2009.)

⁶² O alcance da fidelidade partidária, enquanto regra de organização e funcionamento dos partidos, não tem o condão de sobrepor-se à decisão popular quanto ao representante diretamente eleito para fins de decretação da medida extrema de cassação de mandato, ainda que o partido político seja peça indispensável na formação do processo eleitoral, não cabendo às agremiações o sentido de “dono” do mandato eletivo, quão mais oriundo de pleito majoritário.

⁶³ A proposta, encabeçada pelo Senador Eduardo Suplicy, “acrescenta incisos ao art. 17 da Constituição Federal para prever a realização de eleições internas diretas nos partidos políticos para a escolha de candidatos aos cargos eletivos”. Texto integral disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99848> Acessado em: 30/06/2011.

que indicaria, segundo deliberação interna, quais os candidatos, em listagem ordinária, seriam dados por eleitos.

A interpretação dos direitos políticos traz dois marcos para a investigação do problema dissertativo. O segundo toca à anualidade eleitoral, artigo 16, e seu pouso na intangibilidade ao poder constituinte derivado.

O primeiro, também remetente à exegese do artigo 60, § 4º, representa ilustração da crítica proferida à tipologia classificatória constituinte e a necessidade de sistematização dos critérios.

O voto, materialidade, é classificado como político. Sua titularidade se exterioriza de forma personalíssima pelo eleitor titular, devidamente cadastrado e determinado nas circunscrições, é saber: direito individual.

PONTES DE MIRANDA, na vigência da Carta de 1967, com outro enfoque, mas valendo ao estudo, perfilou que o sufrágio “não é só direito individual no sentido em que é o habeas corpus e o mandado de segurança, pela colocação que se lhes deu na Constituição. É função pública, função de instrumentação do povo: donde ser direito e dever”.⁶⁴

O constituinte de 1988, ao par da crítica fundamentada quanto aos critérios não sistematizados, não elegeu o voto como direito individual. Por quê? Para elegê-lo como cláusula pétrea, expressou cláusula específica no artigo 60, §4º, II, prescrição que seria despicienda a essa caracterização, por força do inciso IV, caso tal direito político fosse concebido como individual.

E, afinal, quais direitos se guarnecem na intangibilidade do inciso IV? Embora não seja o foco deste artigo, o alcance da intangibilidade dos direitos fundamentais ao poder constituinte derivado constitui, por excelência, um problema tipológico.

Sendo os direitos individuais e coletivos determinados pelo exercício da titularidade, a lógica sistematizada dos critérios nos guia à concepção, no corpo do Capítulo I, de classificação tendo em vista a materialidade desses direitos.

⁶⁴ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. T. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 560.

O artigo 5º magno, *caput*, c/c incisos I e II, concentra célula jusfundamental que se desdobra jorrando conteúdo deôntico para todo o sistema constitucional, abarcando diversas espécies jusfundamentais categorizadas sob a materialidade.

Pode-se vislumbrar nesse campo geográfico jusfundamental um grupo de direitos que têm a personalidade por bem tutelado, inclusive com regulamentação classificatória expressa pelo Código Civil, Parte Geral, Livro I, Título I, Capítulo I, artigo 11 e ss., compreendendo “os direitos à integridade física e os direitos à integridade moral”.⁶⁵

Os primeiros têm mola propulsora no direito à vida, decorrendo uma noção de existência, de estar vivo, direito ao corpo e sua integridade, importando inclusive uma vida digna, com saúde, como a proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante.

Nos segundos cabem direitos que têm a privacidade por objeto, donde se retira a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, a honra e da imagem das pessoas, como se delinea no domicílio, nos sigilos telefônicos, bancários, de correspondência etc.

A otimização da igualdade perante da lei, correlacionada com a legalidade fincada no inciso II, enraíza-se ao longo do capítulo enfatizando a proibição de uma série de distinções, especialmente a entre homens e mulheres, inciso I.

O inciso II, além do princípio da legalidade, proclama a liberdade, clássico direito de defesa quadrantes de autodeterminação, valendo as palavras de LOEWENSTEIN:

Entre todos los límites impuestos ao poder del Estado se considera que el más eficaz es el reconocimiento jurídico de determinados ámbitos de autodeterminación individual em los que el Leviatán no puede penetrar. El acceso a estas zonas prohibidas está cerrado a todos los detentores del poder, al gobierno, , al parlamento, y dado que los derechos fundamentales son inalienables, también al electorado.⁶⁶

A liberdade enquanto bem tutelado chega a ser, poeticamente, axiomática e ininteligível, e assim a pintou CECÍLIA MEIRELES, transportada ao espírito da

⁶⁵ FIÚZA, César. *Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 173.

⁶⁶ *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1970. p. 390.

Inconfidência Mineira: “Liberdade - essa palavra/que o sonho humano alimenta:/que não há ninguém que explique/e ninguém que não entenda!”⁶⁷

Ela espraia-se em vários objetos, a liberdade de ir e vir, de expressão, de reunião e associação, de consciência e religião, cada qual gerando uma série de institutos.

A propriedade, assim como qualquer direito fundamental, não tem caráter absoluto⁶⁸, mormente revelada sua função social, artigo 5º, inciso XXII e XVIII, que não se trata de restrição, mas cláusula genuína desse direito. A proteção constitucional ao bem jurídico da propriedade perpassa institutos como a desapropriação, direitos autorais, marcas e patentes, todos com quilate jusfundamental.

Para finalizar a ilustração anote-se o devido processo legal, artigo 5º, incisos LIV e LV, “relação jurídica de caráter público”⁶⁹ em que assentam diversas garantias aos litigantes em quaisquer ramos do Direito.

Desnudou-se, pois, a materialidade enquanto critério identificado nos direitos anunciados, e sua colocação sistemática na relação com o critério da titularidade.

Conclusão

Findo o trabalho, ainda que as conclusões parciais tenham sido manifestadas durante, cabe sintetizar.

A tipologia jusfundamental positivada no Título II tem natureza eminentemente classificatória, face à distribuição textual dos enunciados normativos e respectiva arquitetura seccionada, afora as identidades possíveis com outras tipologias de classificação apontadas como substrato teórico.

Essa classificação positivada, contudo, é inadequada quanto à ideia científica, pois as espécies demarcadamente capituladas não correspondem a tipos jusfundamentais distintos, sendo que deveras foram aleatoriamente distribuídos.

⁶⁷ *Romanceiro da Inconfidência*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989. p. 108.

⁶⁸ O direito de propriedade não se revela absoluto. Está relativizado pela Carta da República – arts. 5º, XXII, XXIII e XXIV, e 184." (MS 25.284, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 17-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010.)

⁶⁹ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002. p. 21.

Destarte, propôs-se a sistematização dos critérios dessa tipologia, em que os direitos individuais, coletivos, e também os difusos, são enquadrados pela titularidade, sua forma de exteriorização e exercício, e os direitos sociais, de nacionalidade, políticos, e partidos políticos classificam-se pela materialidade, tendo em vista seu objeto, conteúdo, natureza do bem tutelado e função.

Embora caiba enfoque em estudo mais amplo, repercute-se, pois, que a exegese do artigo 60, §4º, inciso IV, da Constituição é a principal inteligência constitucional que tem fonte problematizada na tipologia.

Embora, em se mirando a história secular dos povos, essa recente “lira dos vinte anos” do texto constitucional brasileiro, crê-se que a deficiência constituinte na lavra positivada dos contornos tipológicos jusfundamentais já passa da hora de adentrar numa fase de maturidade clamante de soluções adequadas para as problemáticas içadas.

Referências bibliográficas

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

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. A Nova Interpretação Constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Alexandre Walmott. *Preâmbulo da Constituição & a Ordem Econômica*. Curitiba: Juruá, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. 9ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Jurisdição Constitucional: Poder Constituinte Permanente? Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, G. M.; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional*. Madrid: Civitas, 1984.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. Decisão, Técnica, Dominação. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIÚZA, César. *Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria Processual da Constituição*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. *La Libertad Fundamental en el Estado Constitucional*. Granada: Comares, 2003.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. *Significado dos Direitos Fundamentais. Temas Fundamentais do Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado*. Bueno Aires: Albatros, 1970.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

_____. *Teoria Pura do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

- KRIELE, Martin. *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires: Depalma, 1980.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Belo Horizonte: Líder, 2001.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1970.
- MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. Tránsito a la Modernidad y Derechos Fundamentales. *Historia de los Derechos Fundamentales*. Tomo I. Madri: Dykinson, 2003.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da Inconfidência*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999.
- _____. *Os Direitos Fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional*. Revista Jurídica Virtual da Presidência da República. Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm> Acesso em 15/05/2011.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. T. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PÉREZ LUÑO, Antônio Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 8ª ed. Madri: Tecnos, 2003.
- _____. *Los Derechos Fundamentales*. 8ª ed. Madrid: Tecnos, 2004.

REALE, Miguel. *O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. *Direitos Fundamentais e Estado Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCHIMIDT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. s.d.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais – conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do Estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Elementos para uma Crítica do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.

_____. *História do Direito no Brasil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.