

ESTRUTURA NORMATIVA E MODELOS DE RECONHECIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DEFINITIVOS

DIENIFER JACOBSEN RACKOW¹; GUILHERME MASSAU²;

¹Universidade Federal de Pelotas-UFPel 1 – dieniferrackow@gmail.com 1

² Universidade Federal de Pelotas-UFPel –uassam@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A dinâmica dos direitos sociais, e aplicação dos mesmos requer por vezes, o esforço empreendido ao caso concreto. A Eficácia dos direitos sociais é tema relevante dentro da teoria dos direitos fundamentais e diante de casos envolvendo direitos sociais no judiciário (SARLET, 2001). Diante da situação fática concreta, partindo-se da teoria de Robert Alexy, direitos sociais são direitos *prima facie*, ou seja, são direitos que se concretizam com base se estabelecida o que ordenamento dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, e podem ser restringidos para proteção definitiva ao caso concreto.

O meio pelo qual o judiciário assume uma maior atuação na realização de direitos fundamentais sociais, pressupõe que o reconhecimento dos direitos sociais definitivos se realize sob certas condições (LEIVAS, 2006). Como não é possível prever todas as causas de colisões entre direitos fundamentais sociais com princípios colidentes. O caso será determinado no caso concreto, por essa via em alguns casos o princípio tem precedência sobre o princípio. O que talvez não ocorra em outros casos.

Os modelos de ponderação de direitos fundamentais sociais apresentam condições e qualificam o princípio como grave, aumentando a possibilidade de reconhecimento de direitos sociais definitivos. A teoria dos direitos sociais se aplica ao necessário aos casos no judiciário. Nessa colisão, entre direitos sociais, acesso e o que prevalece ao caso concreto, cabe recorrer por vezes o recorte sobre a compreensão da teoria dos direitos fundamentais diante de problemas centrais, seus limites e solução de colisões existentes.

2. METODOLOGIA

O presente trabalho consiste em primeira análise, através do método bibliográfico, compreender a estrutura normativa dos direitos sociais, visando a aproximação da teoria geral dos direitos fundamentais sociais e aplicação no caso concreto no judiciário referente a direitos fundamentais sociais. Importa salientar que o objetivo geral da pesquisa se destina ao estudo aos parâmetros de modelos de reconhecimentos de direitos sociais definitivos.

Para tanto, parte-se da estrutura normativa dos direitos sociais, como direitos *prima facie* para direitos sociais definitivos e posteriormente aos casos de direitos sociais definitivos e alguns modelos de ponderação para aplicação ao caso concreto. Nesse meio, o estudo sobre a teoria dos direitos fundamentais sociais, mostra-se importante como um meio de compreensão dos direitos fundamentais sociais através da teoria dos direitos fundamentais.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

A constituição de 1988, assegura um rol de direitos sociais através do art. 6º. Diante do direito constitucional os direitos sociais na conceituação de José Afonso da Silva. (SILVA, 2005, p.286), podem assim ser definidos:

“Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.”

Tratando-se de direitos fundamentais sociais, uma das principais características referente a estes, é quanto a ações positivas por parte do estado (LEIVAS, 2006). Embora seja, uma característica marcante, o traço prestacional não é o único presente (SARLET, 2015). O que prevalece tanta vez no judiciário e sua justiciabilidade, a tarefa torna-se difícil mediante a definição do que seria exigível, a medida da exigibilidade, a que nível se considera a prestação, e a obtenção de direitos sociais frente a demais condições (SILVA, 2008).

Segundo LEIVAS (2006, p. 109) “é tarefa da doutrina e jurisprudência a construção de uma dogmática dos direitos fundamentais sociais que estabeleça um limite prático (*praktischen Grenze*) para a aplicação dos casos envolvendo direitos fundamentais sociais.” De um lado, há a proteção dos direitos sociais e de outro limites juntamente com colisão de princípios, no sentido de restrições.

Quanto a compreensão da estrutura normativa dos direitos sociais, deve-se inicialmente a compreensão através da teoria geral dos direitos fundamentais sociais como direitos *prima facie*, corrente a teoria de Robert Alexy. Essa diferenciação inicialmente será necessária para solução de problemas centrais no ordenamento e na possível causa de solução de conflitos e colisões.

Entre regras e princípios, não havendo regras se aplica o princípio sobre o caso concreto. Desta feita, somente se aplicará, exclusivamente, um princípio se ao caso concreto não couber nenhuma outra espécie normativa no sistema jurídico. Segundo LEIVAS (2006, p. 39) “princípios são mandatos de otimização. Isso significa que eles são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes.”

Partindo-se da teoria de Robert Alexy (2011), direitos sociais são direitos *prima facie*, ou seja, são direitos que se concretizam com base se estabelecida o que ordenamento dentro das possibilidades fáticas e jurídicas. O caráter definitivo ocorre quando ao caso concreto o direito *prima facie* não seja restrinido. Para reconhecimento como critérios de parâmetro, utiliza-se a seguir alguns modelos de ponderação com base nos estudos de LEIVAS (2006) entre a colisão existente, e o reconhecimento de direitos sociais definitivos.

A existência de direitos fundamentais sociais definitivos se dará, segundo LEIVAS (2006, p. 97) “caso satisfeito o tipo normativo do direito fundamental social *prima facie* (estatuído expressamente ou associado de modo interpretativo) e não se imponha a ele restrições”. Logo os direitos *prima facie* vão exigir a ponderação com outros direitos fundamentais ligados ao princípio democrático e da separação dos poderes.

Diante da aplicação do princípio, e colisão entre ambos, “para a solução da colisão de princípios, se deve levar em consideração as circunstâncias do caso e estabelecer-se, entre elas, uma relação de precedência condicionada” LEIVAS

(2006, p. 111). Diante desse cenário a depender do caso concreto um princípio terá precedência sobre outro.

Quanto aos modelos de reconhecimentos de direitos fundamentais sociais definitivos, adota-se exemplificativamente os modelos de LEIVAS (2006): o modelo de Alexy; o modelo de Arango e o modelo Triádico duplo. Esses modelos se referem entre a ponderação para definição de direitos sociais definitivos e a ponderação da escolha quando satisfeitas determinadas condições.

O primeiro modelo trazido por LEIVAS (2006) se refere ao modelo de Alexy. trata da preponderância de um princípio em detrimento de outro, estabelece o autor alguns pontos que definem que a prestação jurídica seja prestada e garantida definitivamente:

“(1) o princípio da liberdade fática exige a prestação muito urgentemente; (2) os princípios de democracia e da separação de poderes (que incluem a competência orçamentária do parlamento) e (3) os princípios materiais contrários (em especial, aqueles que se assentam sobre a liberdade jurídica de outros) são atingidos em medida relativamente pequena. (LEIVAS, 2006, p. 112).

Nesse modelo, as condições estão vinculadas a direitos sociais mínimos, e chegam-se a direitos definitivos através da ponderação entre “direitos fundamentais em que o princípio da liberdade fática prepondera em relação aos princípios colidentes (em especial os princípios democráticos e da separação de poderes).” LEIVAS (2006, p.112)

Quanto ao modelo de Rodolfo Arango, este estabelece duas principais condições para o reconhecimento de direitos sociais definitivos. A primeira referente situação de desigualdade fática, que deverá ser comprovada. A segunda condição se refere a urgência da situação que põe em risco o interessado (LEIVAS, 2006).

Quanto ao modelo triádico duplo, no qual se refere às prestações exigidas muito urgentemente são de grau grave/grave. Em alguns casos, há correspondência de colisão com princípios de competência orçamentária, em que são afetados, mas não a ponto de provocar uma grave crise. Para LEIVAS (2006), há uma correspondência da suprema corte com o modelo triádico duplo, onde por vezes urgência, necessidade justifique afetação das competências orçamentárias dos entes. Entre a colisão entre princípios, os direitos sociais poderiam ter um peso maior.

4. CONCLUSÕES

Ao fim, salienta-se que ao caso concreto, nem sempre simples de ser resolvida, ao passo que entre colisões para realização de direitos fundamentais através do judiciário. A relação entre aplicação entre regras e princípios, e qual prevalece ao caso concreto. Gera debates, principalmente em tempos de justiciabilidade de direitos sociais.

Para realização da própria previsão constitucional fundada em princípios do estado democrático de direito, a realização da justiça social. O judiciário se depara diante de colisões entre direitos sociais e princípios colidentes, ao judiciário não cabe um papel privilegiado diante dessa situação, mas proceder para a assunção de direitos sociais definitivos sob certas condições. Os modelos de ponderação entre essas colisões embora possam vigorar no plano teórico, se mostram

necessários de modo a auxiliar diante da realidade no judiciário e problemas centrais vinculados a direitos sociais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. trad. Vergílio Afonso da Silva. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2006. 146 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais a prestações sociais e crise: algumas aproximações**. Joaçaba, v. 16, n. 2, p. 459-488, jul./dez. 2015

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição de 1988**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 1, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Curso constitucional positivo**. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais**. in: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008: 587-599.