

NEOJUSNATURALISMO, FRATERNIDADE E CONSTITUIÇÃO: ENSAIO SOBRE O DIREITO FRATERO COMO MECANISMO A GARANTIR A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

NEOJUSNATURALISM, FRATERNITY AND CONSTITUTION: AN ESSAY ON THE FRATERNAL RIGHT AS A MECHANISM TO ENSURE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS

Jaime Leônidas Miranda Alves*
Osmar Moraes de França Filho**
Bruno Trajano Pintar***

RESUMO

Desde a sua criação, na forma de práxis social, o Direito, vem passando por um processo de várias mudanças, como forma de se adaptar à realidade social. Atualmente, em uma sociedade caracterizada pelo multiculturalismo, em que o Estado é insuficiente para assegurar a eficácia dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e ainda, para garantir o mínimo digno à subsistência dos administrados, procura-se novas interpretações do Direito como mecanismo para contornar a situação crítica. Nesse jaez, o presente analisa o direito fraterno como doutrina propulsora de um constitucionalismo fraternal – como remédio à (in)eficácia que acomete os direitos fundamentais, a destacar os sociais. Num cenário de superação da técnica jurídica pura, faz-se mister investigar se o direito fraterno tem condão para cumprir o que se acredita: trazer à tona aspectos de um neo-jusnaturalismo que prima pela fraternidade, moralidade e humanização do direito e relega à segundo plano aspectos políticos e puramente econômicos. A pesquisa foi construída por meio do método bibliográfico e interpretada consoante estigmas eidéticos.

Palavras-chave: Direito Fraternal. Direitos Sociais. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

Since its upbringing, when it was social praxis, Law, has been undergoing a process of several changes as a means to adapt to social reality . Currently, within a society characterized by multiculturalism , in which the State is insufficient to guarantee fundamental foreseen in the Federal Constitution and still incapable, of making thinks right in this scenario of the crisis , it's searched new understandings of Law as a mechanism to circumvent the critical situation . In this vein , this essay analyzes the fraternal law – which drives a doctrine of brotherly constitutionalism - as a remedy to the (in) effectiveness of the fundamental rights, specially the social rights . At a scenario of overcoming the pure legal technique , it is necessary to investigate whether the fraternal law has the power to fulfill what it's believed : to bring out aspects of a neo - natural law that stands for brotherhood, morality and humaniza-

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Técnico Judiciário; jaime_lmiranda@hotmail.com

** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Rondônia; tedsjp@hotmail.com

*** Graduando em Direito pela Universidade Federal de Rondônia; bruno_trajano__@hotmail.com

tion of law and relegates to a second plan purely economic and political criteria . The survey was constructed according to literature method and analyzed by eidetic criteria .

Keywords: Fraternal Law. Social Rights. Neoconstitucionalism.

INTRODUÇÃO

Um emergir social, antes resguardado, agora trazido à tona: o direito fraterno como instrumento apto a reconstruir e assegurar a eficácia dos direitos sociais, sob a ótica da superação do positivismo pelo neoconstitucionalismo.

A perspectiva fraterna vem como solução à crise por qual passa o Estado Moderno: observa-se que a ciência jurídica afastou-se dos ideais de moralidade, lealdade e urbanidade, levando o Estado à conjuntura atual.

A forma mais humana de interpretar e aplicar o Direito é corrente nova, que vê no justo fraterno mecanismo de consecução da eficácia dos direitos sociais, que, uma vez que se configuraram na forma de normas programáticas dependem da atuação positiva por parte do Poder Público.

Com efeito, faz-se mister questionar se possui o direito fraterno condão para dar ensejo a um novo processo interpretativo das normas, no qual os acordos são celebrados entre iguais e, por conseguinte, a extinção do paradoxo inclusão/exclusão tão profana no Estado Constitucional Moderno.

Consoante já vem pontuando a doutrina mais avançada, o sistema democrático como um todo vem se desgastando, e um dos fatores para tanto é a incapacidade do Poder Público em atuar consoante o ideal da proibição de proteção insuficiente dos direitos fundamentais, a destacar os sociais.

Nesse contexto, deve-se questionar se será o ideal fraterno a nova pilastra sob a qual se construirá o Estado Constitucional Pós-Moderno, que prima pela noção de Constituição sem povo e, portanto sem inimigos e que tem como objetivo principal a consecução dos direitos inerentes à pessoa humana.

A pesquisa se desenvolveu por meio do método bibliográfico, com enfoque na doutrina nacional e alienígena, que tratou de abordar temas de direito fraterno e de estudos da hermenêutica constitucional, tudo sob o lume de um neojusnaturalismo crítico, e do método eidético/axiológico, visto a compreensão de ser este o mais apto à interpretação dos caminhos por quais deverá percorrer o Direito. Direito mais humano, cumpre dizer.

1 FRATERNIDADE E NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA ABORDAGEM MAIS HUMANA DO DIREITO

O Direito, desde seu germinar como ciência, buscou a pacificação social. Muitas vezes a compensação para com aquele que tivera sido lesionado consubstanciava a tentativa do Estado, ou de quem lhe fazia as vezes, em realizar a Justiça.

Nesse aspecto, Ripert (1937, p. 204) dispõe que “entre a regra moral e a jurídica inexiste diferença de domínio, de natureza e de finalidade. E não pode haver”. Tal era verídico à época em que era impossível dissociar Direito, de Moral, Justiça e equidade, todavia, com o natural desenvolvimento da forma jurídica, o Direito tomou como sua finalidade a busca pelo lícito, que por vezes, não corresponde com o ideal de honesto ou de justo.

Floresceu, então, a ideia do direito positivo, que na concepção de Kelsen, (1991, p. 119) não se ocupa com “os problemas de como deve ser ou de como se deve elaborar o direito. [...] É uma teoria de mera interpretação de normas jurídicas nacionais ou internacionais. Nem se preocupa em criar normas. Quer apenas conhecê-las.” Esse modo de ver o Direito, de origem anti-ideológica, isolou a exposição positivista de qualquer vínculo com o jusnaturalismo, rompendo com isso, o cerne da ciência jurídica com a ideia de justiça como algo inerente ao próprio direito.

Todavia, o desenrolar da Segunda Guerra Mundial, e com ela, todas as violações e repressões a direitos que marcou esse período, impulsionou uma evolução da ciência jurídica a nível mundial. Esse período, conhecido como neoconstitucionalismo¹ superou o positivismo puro e desenvolveu um direito que tenha como base sua função antropológica².

Nesse diapasão, vem a lume a teoria do direito fraternal, que consoante entendimento de Pozzoli (2011, p. 19), busca resgatar o último dos três pilares da Revolução Francesa, sendo o que “vem demonstrado mais complexa incorporação legislativa e implementação na cultura jurídica das diversas nações.”

Nesse afã, cumpre questionar a relação entre Direito e fraternidade, tendo em vista ser o direito um verdadeiro sistema de imposição de condutas, o que, *ab initio*, parece vir de encontro à ideia de fraternidade, uma vez que esta resgata um comportamento espontâneo. A esse respeito, disserta Gorla (2008, p. 25)

A esse ponto, uma pergunta: o que tem a ver a fraternidade com o direito? Existem ligações, ou se trata de realidades que atuam em campos diferentes? Esta última parece uma convicção bastante difundida: muitos acham que a fraternidade só pode ser espontânea, enquanto seria típica do direito, a co-atividade. Nesse caso, acaba-se afirmando que o direito é tanto mais necessário quanto menos a fraternidade age. E vice-versa, que uma sociedade impregnada de fraternidade poderia tranquilamente dispensar o direito.

Malgrado o posicionamento supracitado, pondera-se a criação de um novo paradigma. Ora, quando fala-se em direito e fraternidade, infere-se a construção de uma nova

¹ Vive-se, desde a Segunda Guerra Mundial, um novo momento no mundo do direito, no qual a Constituição tornou-se a pedra angular do ordenamento jurídico e da própria organização política do Estado. No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não fugiu à regra. Albergando normas de acentuado conteúdo axiológico, estabeleceu um amplo rol de direitos e garantias fundamentais; sinalizou para compromissos sociais e democráticos e buscou amplamente a inclusão social, a eliminação das desigualdades etc. (SILVA, 2013, p. 280)

² Uma ordem jurídica só cumpre sua função antropológica se garante a todo recém-chegado à Terra, de um lado, a preexistência de um mundo já presente, que assegure no longo termo de sua identidade, e, do outro, a possibilidade de transformar esse mundo e de lhe imprimir sua marca própria. Não há sujeito livre senão submetido a uma lei que o fundamente (SUPLOT, 2007, p. 46.)

cultura jurídica, na qual a forma jurídica não perde seu valor ou campo de atuação para abrir campo para a fraternidade, mas pelo contrário: busca-se agregar ao Direito valores fraternos, humanos, num processo de moralização do direito,

Acerca da doutrina do direito fraterno, lecionam Ghisleni e Spengler (2011, p. 26), conceituado: “A proposta fraterna é o embasamento teórico da mediação e das demais formas alternativas de resolução de conflitos sociais, pois insere uma cota de complexidade no primado do justo sobre o bom”.

Assim, o direito fraterno vai ao encontro dos conceitos pós-positivistas, que olvidam a técnica da subsunção pura da norma para com o caso concreto, que de certa forma, propõe uma esteira do direito que não seja por inteiro jusnaturalista, mas que rompa paradigmas dicotômicos do jusracionalismo.

Desta feita, passa-se a compreender o direito sob um prisma de neo-jusnaturalismo crítico, que consentânea lição de Carducci (2003, p. 85) simboliza um direito fraterno, solidário ou altruísta. O dogma da técnica jurídica escapa do cerne do direito e passa-se a analisar a ciência jurídica sob o condão hermenêutico de áreas afins do conhecimento.

Assim, obtempera Cunha (2009, p. 81) o direito fraterno pressupõe um estudo comparado da ciência do Direito para com a Sociedade, a Literatura, a Retórica e a conjugação dessas ramificações por meio de uma hermenêutica não positivista que busque para si a solução dos conflitos numa sociedade marcada pelo multiculturalismo.

Nesse aspecto, o direito fraterno se caracteriza buscar o complemento de sua significação nas ciências afins, justamente por ser essa talvez a solução mais adequada na busca de um direito mais humano.

Já não é só a sorte do Direito Natural a estar em causa. Não temos dúvidas de que, ou o Direito *tout court* se regenera e se adapta (não aos novos tempos, sociologicamente entendidos, mas à nova respiração da Humanidade ao desnublar do seu pensamento, ao seu caminho para a maioria), ou acabará enquanto tal. Pode haver muitos nomes para essa nova etapa do Direito, mas ele terá sempre que ser humano, solidário, altruísta, *fraterno*, como antes foi objetivo e hoje ainda é, mesmo que confusamente subjetivo. (CUNHA, 2009, p. 83)

O direito fraterno é tido hoje como uma solução à crise que acometeu o Estado Democrático, que tem sua soberania relativizada em detrimento de interesses políticos e do economicismo exacerbado, e que parece esquecer as garantias mínimas do cidadão previstas na Constituição Federal.

A ideia de fraternidade como algo ínsito à sociedade se desenhou de tal forma a modificar de sobremaneira o constitucionalismo a nível mundial. Com efeito, o ideal fraterno deu impulso a diversas transformações constitucionais. Por conseguinte, passou-se a aceitar a ideia de um constitucionalismo fraterno, que tenha superado o constitucionalismo liberal,

que por sua vez já consubstanciava valiosas conquistas quando comparado ao constitucionalismo clássico³.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

Os direitos fundamentais trazem consigo o fardo jurídico e social da responsabilidade de proteção das prerrogativas do indivíduo diante do Estado e, nesse aspecto, da proibição da proteção insuficiente, tendo como escopo o previsto na Constituição Federal de 1988. Os direitos fundamentais, consoante norte idealizado pelo neoconstitucionalismo, não restringe-se somente à Carta Magna, mas se consubstancia como um princípio cotidiano irrefutável do homem em seu meio. Assim, segundo Feldens (2012. p. 44)

Desde a sua perspectiva clássica, os direitos fundamentais figuram essencialmente como posições jurídicas subjetivas, oponíveis unidirecionalmente ao Estado, cuja pretensão exaure-se, em regra, em uma não intervenção (abstenção estatal).

Feldens (2012. p. 44.) acreditava que as pessoas privadas também interferiam nos valores credenciados pelos direitos fundamentais, nesse aspecto:

...não é nenhuma novidade o fato de os bens protegidos pelos direitos fundamentais não são ameaçados apenas pelo Estado, mas também por pessoas privadas (v.g., atentados contra a vida, a liberdade, a integridade física, a honra, a inviolabilidade do domicílio).

Segundo Silva (2010, p 184), os direitos fundamentais, contidos na Constituição, estão em um dispositivo próprio para regular direitos, deveres e garantias do cidadão brasileiro, e tudo isso está regulado dentro dos artigos 5º ao 17º, concretizando especificamente o conceito e os dividindo e regulando-os como direitos individuais-coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos.

³ Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chagando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade. Isto é, uma comunhão de vida, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico. Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que ninguém é cópia fiel de ninguém, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra seres humanos é negar suas individualizadas preferências estéticas, ideológicas, profissionais, religiosas, partidárias, geográficas, sexuais, culinárias, etc. Assim como não se pode recusar a ninguém o direito de experimentar o Desenvolvimento enquanto situação de compatibilidade entre a riqueza do País e a riqueza do povo. Autosustentadamente ou sem dependência externa. (BRITO, 2003, p. 216-217)

O primeiro conceito alude ao direito à vida, à honra, à liberdade, à igualdade e à propriedade, são os direitos de primeira geração, que se concretizam na forma de liberdades negativas.

Os direitos sociais são os direitos mínimos do cidadão⁴, como saúde, escola, previdência social, segurança, proteção a maternidade e aos menores. Trazendo com isso o mínimo de isonomia social.

Para Silva (2011, o. 286) os direitos sociais são parcelas “enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais”.

O terceiro grupo de direitos fundamentais, os direitos da nacionalidade, vem se-meando o processo de vinculação do indivíduo – visto, nesse aspecto, como cidadão – para com o Estado, e regulando essa relação verticalizada.

Por fim, seguindo a ordem exposta na Constituição Federal de 1988, a última classe de direitos elenca, de forma sistêmica, o exercício da cidadania

Atualmente, existe uma grande celeuma doutrinária para conceituar as diferenças existentes entre terminologias de Direitos Humanos, Direitos do homem e o próprio Direito Fundamental, sendo que a explicação de cada uma já traz consigo implicado o conceito de Direito Fundamental.

Brega Filho (2002) traz uma distinção entre os aspectos supra levantados, entendendo, serem os Direitos Fundamentais aqueles positivados em uma Constituição, enquanto os Direitos Humanos são os provenientes de normas de caráter internacional.

No mesmo sentido, Canotilho (1998) sinaliza para a ideia de que os “direitos do homem, são aqueles derivados da própria natureza humana, enquanto os Direitos Fundamentais, são os vigentes em uma ordem jurídica concreta.”

Tem-se fortemente ligado aos direitos fundamentais os princípios da revolução francesa - liberdade, igualdade e fraternidade -, tendo-se isso como o mínimo necessário para sobrevivência de cada cidadão até os dias de hoje.

Assim, os direitos fundamentais são divididos em primeira, segunda e terceira dimensões, conforme leciona Bonavides (2011).

Os direitos fundamentais são compreendidos por Brega Filho como “o mínimo necessário para a existência da vida humana.” (2002, p. 66), o que implica diretamente no mínimo necessário para que cada cidadão viva com dignidade; para que desfrute das prerrogativas mínimas que lhe são atribuídas.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA DIMENSÃO

⁴ Direitos sociais são considerados pela doutrina avançada como um “conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que [...] acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais”. (SARLET, 2008, p. 169).

Bonavides (2011) ensina que a primeira dimensão está relacionada às liberdades negativas do indivíduo, para as quais deve o Estado se abster de agir. A Democracia é um direito de liberdade conquistado com o tempo, o voto secreto é um grande aspecto disso. Esse direito representa a fase inicial do direito fundamental ocidental que continua a vigorar nas constituições atuais, demonstrando a cumulação das dimensões.

Esta primeira dimensão foi um marco para o constitucionalismo clássico, visto que não caberia mais ao Estado interferir na liberdade social dos administrados. Essa fronteira seria delineada pelos próprios Direitos Fundamentais de primeira geração. Para Sarmento (2006, p. 12-13) “dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados”.

Com efeito, são os direitos individuais que dão garantias aos cidadãos perante o poder do Estado de que se absteresse e não interferisse na vida pessoal de cada indivíduo. Conforme é ponto pacífico na doutrina constitucionalista, os direitos de primeira geração correspondem ao primeiro ideal da Revolução Francesa: a liberdade⁵.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE SEGUNDA DIMENSÃO

A segunda dimensão é a igualdade⁶, que é tratada balizada pelos ideais de direitos e deveres da coletividade, cultura e economia. O tratamento diferenciado para os necessitados e menos capacitados faz com que essa busca pela isonomia seja mais concreta, necessitando, assim, de uma postura positiva por parte do Estado.

Bonavides (2011, p. 517) ao fazer referência aos direitos de segunda dimensão afirma que

(...) são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século.

Para Marmelstein (2008, p.50), conquanto os direitos fundamentais de primeira geração possuam o caráter de não intervenção estatal, os de segunda geração fazem alusão à necessidade de interferência do Estado nos aparelhos sociais de forma a consolidar uma sociedade igualitária.

⁵ [...] um significado filosófico-histórico da inversão, característica da formação do Estado moderno, ocorrida na relação entre Estado e cidadãos: passou-se da prioridade dos deveres dos súditos à prioridade dos direitos do cidadão, emergindo um modo diferente de encarar a relação política, não mais predominantemente do ângulo do soberano, e sim daquele do cidadão, em correspondência com a afirmação da teoria individualista da sociedade em contraposição à concepção organicista tradicional.

⁶ ...os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico. (SARLET, 2001, p. 50)

2.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE TERCEIRA DIMENSÃO

Por fim, vem a lume o ideal de fraternidade, construído no cerne dos direitos de terceira dimensão⁷. Os direitos fundamentais de terceira geração são tidos como direitos difusos, que tendem a priorizar a proteção do ser humano e não apenas o indivíduo e o Estado perante a coletividade.

Medeiros (2004, p. 74-75) aponta que os direitos de terceira dimensão “alcançam, no mínimo, uma característica de transindividualismo e, em decorrência dessa especificidade, exigem esforços e responsabilidades em escala mundial, para que sejam verdadeiramente efetivados”.

São considerados como direitos de terceira geração: direito ao meio ambiente, à paz progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito de comunicação, entre outros.

2.4 DIREITOS FUNDAMENTAIS DE QUARTA E QUINTA GERAÇÕES

A superação do constitucionalismo clássico pelo neoconstitucionalismo trouxe consigo grandes inovações no tocante à teoria dos direitos fundamentais. Por conseguinte, a doutrina mais avançada compreende na dita quarta geração de direitos fundamentais “os direitos relacionados à engenharia genética” (BOBBIO, 1992, p. 6). Trata-se de aborto, reprodução humana assistida, transplante de órgãos e outras questões correlatas.

A quinta geração dos direitos fundamentais, explana Wolkmer (2002, p. 19), consiste nos aspectos relacionados à era virtual, ciberespaço, à Internet, ao comércio, ao correio eletrônico, etc.

2.5 ENSAIO SOBRE A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como já conceituado, direitos e garantias fundamentais são aqueles que o legislador constituinte entendeu como necessários para existência digna de seus administrados. Noutro giro, são aqueles que, parte da doutrina, entende como inerentes à pessoa humana, e que dessa forma de adequar à vida, será possível chegar num possível Estado Ideal.

⁷ Numa terceira fase, pós-Segunda Guerra Mundial, pelo qual está passando o Estado moderno, diante do surgimento de novos problemas sociais, temos a instituição de uma terceira geração de direitos humanos, os chamados direitos pós-materiais, que passam a ser reclamados na medida em que o desenvolvimento industrial e tecnológico passou a atingir bens até então intocados, como o ar, a água, todo o ecossistema global e outros interesses coletivos, difusos e transindividuais, ficando evidenciada, a partir daí, a necessidade de institucionalizar-se a sua proteção. (COPEITI, 2005, p.56.)

No que tange aos direitos e garantias fundamentais, faz-se necessário mensurar a questão acerca da eficácia dos dispositivos. Com o entendimento deste assunto pode-se chegar ao conhecimento ao que se refere à aplicabilidade destes nos seus objetos. Desse ponto, é questionado a respeito se o anseio do legislador constituinte ao criar esses direitos será atingido, pois em alguns casos tão somente a normatização destes dispositivos.

Primeiramente, todavia, cumpre dissecar o conceito de eficácia das normas constitucionais. Nesse aspecto, recorre-se a lição de Alexy (2009, p14) para quem ancorando na lição de Kelsen e Hart, elenca três elementos que comportam a teoria conhecida como tripartição do conceito de direito. São esses: o da legalidade, o da correção material e da eficácia, tendo este último por ser analisado.

Atualmente a doutrina majoritária prevê três classificações no tocante à eficácia das normas constitucionais: são elas as normas de eficácia plena, de eficácia contida e eficácia limitada.

De início, falar-se-á no que concerne à eficácia plena. Esta já vem ao mundo jurídico com a intenção de tão somente com sua afirmação na Constituição já vir produzindo efeitos, pois em sua essência já dispõe de independência de outros meios para se tornar eficaz, e que sua estrutura tão somente trará os efeitos buscados por quem o estatuiu. Assim trazendo diferença básica das duas seguintes, pois o que se entende é que nas demais se faz necessário a criação de dispositivos que as regulem, ou programas que as trazem à tona aos administrados e assim dando efeito mais próximo do desejado.

No entendimento de Silva (2003, p.101):

Aqueles que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular.

Também vale ressaltar que as normas de eficácia plena tem sua aplicabilidade imediata, quer dizer que, bastam tão somente vigorar, que já entrarão no mundo jurídico aptas a produzir todos seus efeitos.

Em segundo plano se tem as normas de eficácia contida, Pouco se assemelha a eficácia à plena, esta semelhança esta no somente na aplicabilidade imediata, e no que se diferenciam, é que na primeira a legislação já prevê a sua eficiência de modo integral, e não depender de demais norma, já esta a ser esplanada contida requer sua complementação de lei ulterior, bastando ter caráter constitucional ou ordinário.

Exemplo se faz com o artigo 5º, XIII da Constituição Federal, que prevê é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

O artigo supramencionado traz o entendimento do que se fala sobre a eficácia contida, onde demonstra que ele com a promulgação de lei específica, atearam novos efeitos as determinadas profissões, pois ali, somente prevê que é livre o trabalho, contudo nada regula sobre específicas profissões, e sim da a liberdade para a futura regularização das profissões que vierem ou já estão na sociedade.

No que tange à eficácia, em sua última tripartição, se tem as normas de eficácia limitada, esta pouca se assemelha às normas de eficácia contida, pois necessita de futura complementação para sua eficiência como norma, mas esta dependência se difere, pois quando uma depende de lei ulterior, esta requer a criação de programas que trarão a tona os direitos e garantias fundamentais. Em se tratando da sua aplicabilidade nada se assemelha as demais, pois é a única que tem sua aplicabilidade mais lenta, assim sendo mediata.

Dando foco nesta última, ela também se divide em mais duas definições, a primeira é a norma definidora de princípio institutivo, já a segunda é conhecida como normas de princípio programático.

O que se entende de norma programática de princípio institutivo, é que pelas mãos do legislador, são criados esquemas, estruturas e funções aos institutos ou órgãos, e que posteriormente mediante lei serão estruturados em definitivo. Como exemplo pode ser usado o artigo 113 da CF onde fala a lei disporá sobre a constituição, investidura, jurisdição, competência, garantias e condições de exercício dos órgãos da justiça do trabalho.

Já as normas programáticas, vêm como uma maneira do legislador aplica a lei que, de forma indireta e mediatamente, ira instituir princípios e objetivos, e este que traçaram meio aplicar os direitos fundamentais, conforme aduz Horta⁸ (1995, p. 224)

2.5 DIREITOS SOCIAIS COMO NORMAS PROGRAMÁTICAS

Com a firmação da nova Constituição, e esta por ser tida como cidadã, foi dada firmeza à figura dos direitos sociais, e a partir desse ponto deu inicio aos estudos para abordarem mais a fundo tal conceito e os meios que seriam adequados para a sua eficiência, e também em conformidade aos direitos e garantias fundamentais firmados já na Constituição Federal.

Não se tratando de tema novo no país, pois fora anteriormente lançado na Constituição de 1934, mas somente com a Constituição mais recente, foi dado importância singular para este tema, e também adequou o conceito para a realidade socioeconômica da nação.

⁸ Nem toda norma constitucional dependente de lei é norma programática. O conteúdo da norma dirá se ela é norma-programa ou norma de simples legislação. Analisando a Constituição Federal de 1988, verifica-se que a norma programática não se limita a determinado setor do texto. É certo que determinados capítulos constitucionais atraem com maior intensidade a atuação da norma programática e essa atração normativa decorre da matéria neles regulada. Os Direitos e Garantias Fundamentais, o Sistema Tributário Nacional, a Ordem Econômica e Financeira, a Ordem Social constituem centros de normas programáticas, que encontraram nesses títulos temas propícios ao ulterior desenvolvimento em norma legislativa [...] A norma programática vincula-se a normas constitucionais que estabelece fundamentos, fixam objetivos, declaram princípios e enunciam diretrizes. Nesses casos, o comento da norma programática é exequível por si mesmo, sem necessidade de complementação legislativa ulterior. (1995, p. 224)

Ao que se refere aos direitos sociais, Tavares (2012, p837) conceitua como direitos “Que exigem do Poder Público uma atuação positiva, uma forma atuante de Estado na implementação da igualdade social dos hipossuficientes. São, por esse exato motivo, conhecidos também como direitos a prestação, ou direitos prestacionais”.

Dada a importância a matéria, o legislador entendeu tornar os direitos sociais como conteúdo impar, e passando a tratar os direitos sociais como direitos fundamentais, e reservando na nova Carta Magna um rol somente para explicar e defender os direitos individuais e coletivos inerente ao povo.

Mas não bastaria unicamente estabelecer uma norma, que ditaria o que seria seu por direito, mas necessário se faz, que o legislador buscasse meios de trazer seguridade ao que diz respeito acerca desta tema. Não contente com a falta de um meio de tornar eficaz a aplicação do direito ao caso concreto o legislador buscaria um meio de utilizar.

Se tratando em fim social, como tão somente por meio de uma lei ou artigo seriam atingidos certos anseios de cada individuo, que requer o amparo do Estado, assim a lei em tese não satisfaria tais necessidades. No que tange ao tema de normas programáticas elas buscam reparar o dano causado pelas falhas encontradas no sistema, por meio da sua eficiência mediata, que tão somente será lançada a partir da necessidade, no que difere da lei mediata, que já vem ao sistema produzindo efeitos, mas a certo modo não satisfazendo ao bem comum.

O meio encontrado se da a partir do entendimento à aplicabilidade e eficiência dos dispositivos já firmados, onde cada tema se da em tempo diferente e modos distintos. O meio que se fez mais adequado são as normas de eficácia limita, que posteriormente se subdivide em; normas de princípios institutivos e programáticas.

O legislador então viu nas normas programáticas um meio de trazer a tona os direitos sociais, como já entendido é o meio que o governo se utilizará para dar segurança ao direitos do homem.

As normas programáticas de certo modo, atingem de forma concreta os anseios da população, pois no que se refere a direito, em muitos casos, não somente a promulgação de uma lei nova trará benefícios, a quem é de real necessidade, precisa do amparo das mãos do Estado.

Assim desta forma, os direitos sociais se fazem presentes com a aplicação, desde que seja eficaz, das normas programáticas, pois nesta a população encontrará um remédio para sua mazela. E pela forma que é levado ao público, as normas programáticas tem papel fundamental, não também obstante as normas de eficácia imediata, no gerenciamento do sistema.

A aplicação dos direitos sociais de forma adequada se acha necessária, com a finalidade de se garantir o mínimo necessário para a vida em dignidade do individuo numa sociedade, e num pais corretamente gerenciado.

3 O DIREITO FRATERO COMO MECANISMO DE CONSECUÇÃO DA EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Como é cediço, os enfoques de direito fraternal inauguraram uma nova fase estrutural do constitucionalismo. Observa-se que essa linha pensamento, consoante pondera Pozzoli (2011, p. 4) se consubstancia como abordagens novas e não como paradigmas, visto ser uma modalidade do direito que não está ainda consolidado. Nesse cenário, não é cabível falar em uma teoria de direito fraterno.

Malgrado o exposto Pozzoli (2011, p. 4), o ideal de direito fraterno propõe uma nova forma de compreender o direito atual, concebendo reestruturações das políticas públicas, de forma a garantir a inclusão universal. Nesse diapasão, pode-se associar o ideal do direito fraterno como mecanismo à consecução das garantias mínimas de existência digna do indivíduo, ou seja, dos direitos e garantias fundamentais, preconizados na Carta Política.

Nesse aspecto, vem à tona a lição de Dworkin (2005, p. 7), acerca do Estado Ideal. Para o jurista, Estado Ideal é o Estado de Direito concebido por meio de uma concepção pública precisa dos direitos fundamentais. Nesse sentido, finda-se a dicotomia existente entre Direito e Justiça Substantiva, sendo esta parte integrante daquela, que se exterioriza quando o Estado de Direito – Democrático de Direito, vale dizer – retrate os direitos morais e aplique-os ao sistema jurídico.

Aduz (2005, p. 7):

A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que tem essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de Tribunais e outras instituições jurídicas do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável.

Observa-se, por conseguinte, um vínculo incidental entre o Estado Ideal e o direito fraterno, visto que este, numa visão neojusnaturalista crítica, passa a funcionar como mecanismo à consecução daquele. Nesse jaez, faz-se referência à lição de Pozzoli (2011, p. 4) para que a fraternidade, num contexto de crise da democracia, como uma possibilidade nova de integração entre os povos e as nações que, balizada pelo cosmopolitismo e, respeitado o multiculturalismo, supre as necessidades vitais pela amizade e pelo pacto jurado conjuntamente.

Desta feita, observa-se que os traçados do direito fraterno se sobrepõem à soberania nacional dos Estados e apontam para o surgimento de um Estado Constitucional Pós-Moderno, sem povo e, portanto, sem inimigos. Assim, “se apresenta um processo evolutivo que fica demonstrado claramente a existência de alguns direitos naturais que deviam também ser protegidos, mas que não estavam submissos ao poder do Estado.” (POZZOLI, 2011, p. 5)

Observa-se que o Estado Moderno Constitucional se transmuta na forma de Estado liberal social, quando aquilo que se almeja é um social-fraternal. Ora, o Estado não carrega um fim em si mesmo, mas um meio de se alcançar um ideal, qual seja a fundamentação da liberdade política numa ordem política.

No mesmo sentido, preleciona Cruz (2006, p. 4) que “as últimas gerações são devedoras de um efetivo novo avanço na questão do que se pode chamar um mundo solidária e humanizado”. A solução para o crise da Democracia é, para tanto, um Estado Constitucional de Direito que constitua em obsolescência os modelos jurídicos individualistas e adote, no que couber, paradigmas justrafernos.

Essa política fundamentada no sociatismo⁹, dentre outros aspectos espelha a moralização do direito positivo, ou, vale dizer, petrificação do princípio da moralidade e se forma como consequência da crise de ineficácia por qual passo os direitos fundamentais, a destacar os sociais.

Como previamente exposto, as normas programáticas são possuidoras de normatividade jurídica, e não apenas de conveniência política, o que, acaba por refutar a teoria da Reserva do Possível¹⁰, uma vez que “a dignidade da pessoa humana é valor fundamental que dá suporte à interpretação de normas e princípios de seguridade social”. (MIRANDA, 2007, p. 24)

Assim, considera-se que, somado à prestação positiva por parte do Estado, necessita-se de uma interpretação fraterna do Direito e dos mais variados direitos, voltada para a fraternidade, lealdade e moralidade, com o fim de concretizar os postulados de vedação

⁹ Sociatismo é o termo utilizado por alguns autores para designar uma nova opção ideológica, que é, ao mesmo tempo, democrática, solidária, tolerante, distributiva e ecológica.

¹⁰ Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito. (SARLET, 2003, p. 263). [...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente usando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] (STF, ADPF n. 45, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 29.04.04).

de proteção insuficiente preconizados pelo legislador ordinário no art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Pozzoli (2011, p. 36) explica o direito fraterno como novo processo interpretativo das normas, no qual os acordos são celebrados entre iguais. Por conseguinte, o ideal fraterno busca, *ab initio*, a extinção do paradoxo inclusão/exclusão tão profana no Estado Constitucional Moderno.

O instrumento para se alcançar tal é justamente a atuação positiva do Estado Constitucional pós-moderno no sentido de regalar eficácia aos direitos sociais.

Por fim, não se pode falar em fraternidade em um Estado no qual parcela da população, - ou dos irmãos, como pondera Resta (2004) - não tem acesso à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança e outros aspectos, todos regalados pela Constituição Federal. A visão fraterna de Direito é justamente aquela que atua no sentido de romper às mazelas da comunidade numa política agregadora que alia a forma jurídica à humanidade, constrói uma Constituição sem povo e sem inimigos e, por fim, eleva a lei da amizade ao primado da igualdade positiva.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Já há algum tempo, o Estado Constitucional Moderno vem apresentando sintomas de fraquezas, dentre as quais, pode-se apontar a insuficiência manifesta do poder público em assegurar aos indivíduos o mínimo necessário à vida digna, conforme prevê a Constituição Federal de 1988.

Nesse aspecto, já é ponto pacífico na doutrina que o rol de direitos sociais previsto no art. 6º, em razão de se consubstanciar na forma de normas programáticas, depende de uma atuação positiva por parte da Administração Pública para que possa se materializar no seio da sociedade.

O estudo em tela pretendeu averiguar se a questão da eficácia dos direitos sociais aliado a teorias novas que vem ganhando destaque no sistema neoconstitucional. Com efeito, buscou-se aproximar da problemática de eficácia das normas constitucionais a teoria do justo fraterno, que traz a tona o terceiro, e menos lembrado, ideal da revolução francesa: a fraternidade.

O direito fraterno, por conseguinte, não se consubstancia na forma de um novo paradigma, mas de um novo modo de compreender a ciência jurídica. São novas abordagens que concebem a reestruturação de políticas públicas como o fim de se tentar alcançar a igualdade universal.

Nesse contexto, em que o Estado é guiado pelo norte da proibição de proteção insuficiente, o enfoque do teoria de direito fraterno implica na reconstrução de conceitos e de dogmas, o fim da separação do Direito e da Justiça Substantiva, e na volta dos princípios da

moralidade, irmandade e lealdade para o cerne da ciência jurídica, todos funcionando como postulados à consecução de eficácia dos direitos sociais.

Por fim, chega-se à consideração de direito fraterno como mecanismo apto a reestruturar o Estado Constitucional Moderno, dar eficácia aos direitos sociais e findar a separação antevista por Alexy entre direitos fundamentais e o princípios democrático.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Direitos fundamentais no Estado Constitucional Democrático. Para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e juristição constitucional*. Revista de direito administrativo n°. 217. Ju/Set, 1999.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm acesso em 20/10/2013.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998
- CARDUCCI, M. 2003. *Por um Direito constitucional altruísta*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 85 p.
- COPETTI, André. *Racionalidade constitucional penal pós-88. Uma análise da legislação penal face ao embate das tradições individualista e coletivista. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.56.
- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Do Direito Natural ao Direito Fraterno*. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 1(1):78-86 janeiro-junho 2009.
- DWORKING, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Penal: a Constituição penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995
- HURTADO, André Watanabe; POZZOLI, Lafayette . *O princípio da fraternidade na prática jurídica*. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, v. 1, p. 287-324, 2011.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. *Meio ambiente: direito e dever fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

MIRANDA, Jedral Galvao. *Direito da Seguridade Social*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

RESTA, Eligio. *O Direito Fraternal*. Tradução de Sandra Regina Martini Vial – Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

RIPERT, *La Régère Morale dans lês Obligations Civiles*. Trad. Osório de Oliveira, São Paulo: Saraiva, 1937.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6;. Ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2006.

SILVA, João Carlos Carvalho. *Neoconstitucionalismo e discricionariedade judicial*. Tutela dos direitos humanos e fundamentais: ensaios a partir das linhas de pesquisa Construção do Saber Jurídico e Função Política do Direito. Birigui-SP: Editora Boreal, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Reflexões sobre o Jusnaturalismo: o Direito Natural como Direito Justo*.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2007. SILVA, José Afonso – “Curso de direito constitucional positivo” 18ª Edição, Malheiros, 1995.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Direitos humanos: novas dimensões e novas fundamentações*. *Direito em Debate*, Ijuí, n. 16/17, p. 9-32, jan-jun 2002.