

A FRATERNIDADE E A (IN)JUSTIÇA SOCIAL FUNDADA NO (DES)CONHECIMENTO DE SUA NATUREZA JURÍDICA

Alexandre Gazetta Simões¹

Celso Jefferson Messias Paganelli²

Resumo: O presente artigo defende o caráter jurídico da fraternidade como elemento essencial dos direitos sociais, apontando a sua fundamentalidade na Constituição, em sua missão de alcançar uma igualdade digna entre todos os integrantes da nação. Para tanto, apresenta a fraternidade, de base conceitual cristã, como princípio, defendendo a sua inserção jurídica, como elemento integrativo da solidariedade, de base constitucional. Nesse desiderato, defende a imperatividade das normas constitucionais que veiculam os direitos sociais, ocupando-se em elucidar o conceito de fraternidade, bem como defender a fundamentalidade desses direitos. Aponta que os direitos sociais são integrantes de um plexo de direitos, os quais identificam o limiar mínimo que deve ser garantido pelo Estado, além dos próprios cidadãos, a fim que se possa conceber uma existência digna. Postula, nesse sentido, que a fraternidade está adstrita a uma ideia que remete à noção de equilíbrio entre direitos e deveres, consubstanciada na ideia de solidariedade confiada ao próprio sujeito, aquém da noção conceitual de fraternidade integrante do solidarismo Estatal.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Estado Social; Princípio da Fraternidade.

Abstract: This article defends the character of the legal fraternity as a key element of social rights, pointing to its fundamentality in the Constitution, in its mission to achieve equal dignity of all members of the nation. It presents the brotherhood, the basic Christian concept, in principle, to defend their legal integration, as integrative element of solidarity, constitutional basis. In this desideratum, defends the imperative of constitutional rights that carriers of such rights, by engaging in elucidating the concept of brotherhood and defend the fundamentality of such rights. Points out that social rights are members of a plexus of rights, which identify the minimum threshold that must be guaranteed by the state beyond its own citizens in order that we can conceive of an existence worthy. Postulated in this sense that the fraternity is bound to an idea that leads to the notion of balance between rights and duties embodied in the idea of solidarity vested in the subject itself, short of the conceptual notion of brotherhood solidarism member of the State.

Keywords: Social Rights; Social State; Principle of Brotherhood.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 alçou os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais. Tal constatação é facilmente verificável no texto constitucional, ao se volver os olhos sob o Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, daquele diploma normativo.

¹ Mestre em Direito pelo UNIVEM; Especialista em Gestão de Cidades (Unopec); Especialista em Direito Constitucional (Unisul); Especialista em Direito Constitucional (Faeso); Especialista em Direito Civil e Processo Civil (Faculdade Marechal Rondon); Especialista em Direito Tributário (Unama); Analista Judiciário Federal – TRF3 e Professor de Direito.

² Doutorando em Direito pela ITE - Instituição Toledo de Ensino. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, Pós-graduado em Direito da Tecnologia da Informação pela Universidade Cândido Mendes. Graduado em Direito pela Associação Educacional do Vale do Jurumirim. Professor de Direito. Advogado.

De outra parte, os direitos sociais, diferentemente dos direitos individuais, os quais surgiram no contexto de liberdade de perspectiva emancipatória do indivíduo, que caracterizou o Estado Burguês, nos séculos XVIII e XIX, vieram a lume, definitivamente, somente no século XX, com o esgotamento do modelo econômico liberal. Tais direitos, por sua acepção, preconizam ações estatais para sua existência. Assim, a jusfundamentalidade desses direitos somente pode ser constatada no seu âmbito de proteção, o qual depende da atuação do Estado.

De outra ponta, a ação Estatal é direcionada pelos ditames políticos que regem aquele Estado. Além disso, as políticas Estatais estão conformadas pelos limites orçamentários que ditam o regime financeiro a balizar sua atuação política. O ponto nevrálgico consistente no gargalo orçamentário e na imperiosidade de concretizar a justiça social, na concretização dos direitos sociais traz a densidade do debate a que se imiscui tal matéria.

Assim, a dimensão política dos direitos sociais mostra-se nas bandeiras levantadas pelo governo. Desse modo, a preocupação coletiva com a satisfação das necessidades individuais de cada indivíduo deve estar presente na agenda governamental, na medida em que, mesmo se compreendendo a natureza jurídica do princípio da fraternidade e a caracterização dos direitos sociais, como direitos fundamentais, sem o reconhecimento políticos dessas acepções, muita dificuldade haverá em se realizar a justiça social.

Portanto, ao se evidenciar o papel da ideologia estatal, como norte a volver os olhares do governo, na direção do solidarismo, a presença da fraternidade, em cotejo com as finalidades buscadas pelo Direito, em sua dimensão atual, é inconteste, visto que tal conceito representa uma igualdade de dignidade entre todos os homens, independentemente de convenção externa, de qualquer natureza.

De outra parte, a fraternidade associada ao solidarismo, almeja um progresso geral da moralidade, que adstrita à imperatividade jurídica daquela, imputa, a cada qual, o dever inerente a tal condição fraterna.

Se, portanto, em uma primeira análise, a fraternidade se trata, tão somente, de uma categoria ética e religiosa, associada à noção de consanguinidade, tendo sua significação imantada à identificação de pessoas constituintes de um grupo familiar, a partir de uma investigação mais acurada, verifica-se, que em nossa realidade, a fraternidade fora alçada à prática política, mas por imposição jurídica, mesmo que possa ser derivada de uma mesma base religiosa, a partir da secularização do cristianismo.

Portanto, a defesa do caráter imperativo dos direitos sociais, somente faz sentido, se fundada no caráter jurídico da fraternidade, enquanto elemento fundante da solidariedade.

A partir dessa conjugação de fatores, tem-se o alicerce sob o qual se possa conceber um conceito dinâmico de dignidade, voltado a uma igualdade material que se constitua na dimensão real da justiça social.

2. A FRATERNIDADE COMO CATEGORIA JURÍDICA

A natureza jurídica do princípio da fraternidade é uma discussão que se ocupam os juristas há pouco tempo. Tal situação explica-se, ante o obscurantismo que fora impingido à temática adstrita à fraternidade.

Ocorre que a fraternidade, logo em seu nascedouro, fora a primeira vítima do individualismo burguês, com sua lógica voltada à utilização egoísta do bem privado e orientada à acumulação desmedida. Nesse sentido, Alexandre José Costa Lima³ pondera que:

Ora, a disputa por bens, associada à acumulação desenfreada tornou-se uma lógica excludente, que relegou a idéia de fraternidade ao conjunto dos conceitos ultrapassados e dispensáveis, como se fosse um elemento de fundo que não merecesse voltar ao primeiro plano. (...) A moral burguesa resume-se à crença de que o cuidado em proteger o interesse privado promove o interesse público, pretensão inconcebível, para os antigos, cuja idéia de liberdade pressupunha o plano político, e não apenas a vida privada, como pensa o burguês. O Estado burguês existiria para garantir a inteira liberdade de comércio, aliás, a única função imaginável numa sociedade na qual os bens naturais e os artificiais se tornam mercadorias, meros artigos intercambiáveis no mercado.

Entretanto, com a evolução histórica, a feição do Estado burguês se modifica, e a natural concepção do Direito se volta ao homem, em sua dimensão fraterna. Assim, Alexandre José Costa Lima⁴ explica que:

No *plano político*, o século XVIII reconhece a evidência do princípio solene da igualdade e da liberdade de todos os homens nas sociedades ocidentais. No século seguinte, dá-se a abolição da escravidão e, finalmente, no século XX, dá-se a universalização da Declaração dos Direitos do Homem.

No entanto, a presença da fraternidade, em cotejo com as finalidades buscadas pelo Direito em sua dimensão atual, é inconteste. Dir-se-ia, até mesmo, imprescindível. Ocorre que várias brumas obliteram uma conclusão plausível sobre a juridicidade da fraternidade e a sua consideração como categoria constitucional.

O primeiro óbice resulta do caráter espontâneo que emerge da fraternidade, natureza essa que acompanha tal conceito ao longo da história humana. Caráter oposto à coatividade que alimenta o fenômeno jurídico. Desse modo, questiona-se, em primeira análise, se a fraternidade se trata, tão somente, de uma categoria ética e religiosa, associada à noção de consanguinidade, tendo sua significação imantada à identificação de pessoas constituintes de um grupo familiar. Ou, avançando-

³ BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, pp. 78 e 79.

⁴ BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 81.

se, ao longo dos séculos, a fraternidade como a identificar um séquito religioso, ornado pela mesma fé. E finalmente, vicejando, por obra do Novo Testamento Cristão, numa ideia que remete à noção de uma família universal, na qual todos são reconhecidos como filhos de um mesmo pai.

No entanto, ante o desenrolar do processo de secularização do Cristianismo, o que se vê, apesar do passado histórico remeter à realidade relatada, é a fraternidade alçada à prática política, por imposição jurídica, mas com a mesma base religiosa. Pondera, nesse sentido, Giuseppe Tosi⁵, expressando-se do seguinte modo:

Desse ponto de vista, seria ilusório pensar em conseguirmos nos livrar definitivamente da influência do pensamento cristão, de seus valores, de suas coordenadas conceituais: embora secularizado, o cristianismo continua sendo o paradigma fundante do espírito do Ocidente. Hans Blumenberg respondeu a Löwith afirmando que, se é verdade que os conceitos modernos encontram suas raízes no cristianismo e na teologia cristã, desde as sínteses patrísticas até o nominalismo tardo-medieval, é verdade também que tais conceitos se emanciparam definitivamente dessa tradição, adquirindo uma legitimidade própria e ocupando um lugar novo e diverso, e uma nova função hermenêutica (cf. Blumenberg, 1992).

Assim, a fraternidade passa a representar uma igualdade de dignidade entre todos os homens, independentemente de qualquer convenção externa, de qualquer natureza.

De um aspecto filosófico, uma aceção defensável de uma significação fraterna se insere em um postulado que defende o dever de impedir a infelicidade na maior medida possível e do maior número de pessoas. Tal aceção de justiça social, chamada por Arthur Kaufmann⁶ de utilitarismo negativo, é apresentada a partir da seguinte derivação:

Devemos impedir a *infelicidade* na maior medida possível e do maior número possível de pessoas. E a infelicidade ou, mais rigorosamente, a aspiração que cada pessoa tem de não ser exposta à infelicidade, é algo que se pode universalizar. (...) Vejamos o que escreve *Tammelo*: “Para mim, o mais alto mandamento do ordenamento da justiça consiste na supressão ou na maior redução possível da miséria. O princípio do utilitarismo positivo, segundo o qual se deve procurar a maior felicidade possível do maior número de pessoas, tem que ser posto em causa. A felicidade é apenas uma questão de sorte... A minha preocupação dirige-se também para os infelizes... Acresce que a felicidade da maioria é muito frequentemente conseguida à custa do sofrimento das minorias”.

A fraternidade, como expressão de sua gênese, representou, portanto, o amálgama entre a tradição política, religiosa e filosófica. Assim, Giuseppe Tosi⁷ explica que:

O cristianismo, embora polemizado com o panteísmo subjacente à doutrina estoica, identificou-se com o igualitarismo e o cosmopolitismo estoico, em nome da fraternidade universal, sem distinção entre “bárbaros ou gregos, judeus ou romanos, escravos ou livres” (Paulo, *Cl 3,11*). O cristianismo opera, assim, uma síntese entre as duas tradições; lei natural e decálogo identificam-se. O decálogo expressa o conteúdo fundamental da lei natural, explícita e sanciona as normas universais escritas por Deus no coração de todos os homens e

⁵ BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 44.

⁶ KAUFMANN, Arthur. *Filosófica do Direito*. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, pp. 260 e 261.

⁷ BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 50.

que todos, inclusive os pagãos, podem conhecer e devem respeitar, como afirma São Paulo numa passagem famosa

De outra parte, a fraternidade e o direito não são necessariamente excludentes.

Assim, a fraternidade enquanto valor, pode ser notada em algumas Constituições modernas, ao lado de outras categorias historicamente consagradas, como a igualdade e a liberdade.

E, nesse sentido, a fraternidade tem como premissa o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos, consistente, *a priori*, em uma igualdade de dignidade.

E por toda a significação vaga e ambígua que circunscreve o princípio da igualdade, tem-se que a ascendência da fraternidade sobre a igualdade, traz matizes enunciativos que aproximam-na de uma vertente justa. Nesse sentido, Marcelo Neves⁸ pondera que:

O princípio da igualdade, entretanto, não se restringe à integração igualitária no sistema. A noção de acesso igualitário aos procedimentos pode ser lida a partir de duas perspectivas diversas e, entretanto, inseparáveis. Do ponto de vista sistêmico, a questão refere-se à neutralização de desigualdades fácticas na consideração jurídico-política de pessoas e grupos. Mas, por outro lado, é imprescindível que na esfera pública pluralista tenha-se desenvolvido a idéia de que as diferenças sejam recíproca e simetricamente respeitadas. Isso exige que os procedimentos constitucionais apresentem-se como sensíveis ao convívio dos diferentes e, dessa maneira, possibilitem-lhes um tratamento jurídico-político igualitário.

Por tais razões, tem-se claro que a fraternidade preconiza a dignidade de uma perspectiva dinâmica e não estática. Noção, a partir da qual se pode observar o individualismo se realizando por consideração ao coletivismo, em um contexto relacional.

Tal constatação é apontada por Marcio Aquini⁹, o qual, apontando o caráter compromissário da fraternidade ao dever de solidariedade universal de um homem em relação ao outro, conclui que: “Nesse novo panorama, a evocação dos deveres evidencia o significado da contribuição prestada por todo ser humano na construção da sociedade, local e nacional em primeiro lugar, mas também internacional”.

A fraternidade está adstrita, portanto, a uma ideia que remete à noção de equilíbrio entre direitos e deveres, consubstanciada na ideia de solidariedade confiada ao próprio sujeito, fundamentada na noção de que a fraternidade não fica confiada à ação da autoridade do Estado. Nesse sentido, Filippo Pizzolato¹⁰ pondera que:

Nesse sentido, podemos também dizer que a fraternidade parece uma forma de solidariedade que interpela diretamente o comportamento individual e o responsabiliza por sorte do (s) irmão (os). Por essa especificação, portanto, somos induzidos a considerar a fraternidade uma das facetas com as quais se manifesta o princípio de solidariedade, de firme arraigamento jurídico, também na Itália. Assim, podemos identificar a fraternidade com aquela

⁸ NEVES, Marcelo. Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paul: Martins Fontes, 2008, p. 170.

⁹ BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 134.

¹⁰ BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2008, pp. 113 e 114.

solidariedade que chamaremos *horizontal*, uma vez que surge do socorro mútuo prestado entre as pessoas, e que se coloca ao lado daquela outra forma de solidariedade, ligada à fraternidade por um vínculo de subsidiariedade, e que chamaremos *vertical*, baseada na intervenção direta do Estado (e dos poderes públicos) em socorro das necessidades.

O Direito, por seu turno, nasce das opções realizadas pelo legislador, para, disciplinando condutas, estabelecer regras de convivência social. A produção do Direito, nesse viés, portanto, é resultado de um ato arbitrário do poder.

Entretanto, ao longo da história da humanidade, percebe-se um conjunto de direitos, os quais não são suscetíveis de se submeterem exclusivamente ao alvedrio do Estado. Assim, por exemplo, a Constituição Federal, ao estabelecer a justiça social, como um de seus objetivos fundamentais, propugna a cada um de seus destinatários, o dever jurídico de praticar a solidariedade, ou melhor, o imperativo jurídico de vivenciar a fraternidade.

Tal constatação é apresentada por Wagner Balera¹¹, o qual, em sua doutrina, ensina que:

A redução das desigualdades sociais – tarefa que exige esforço colossal da comunidade – prepara o terreno onde se assenta uma sociedade mais justa.
Advirta-se, porém, que a redução das desigualdades sociais não pode ser fruto, simplesmente, de programas de governo.
Ela só se dará a partir da mudança radical de perspectiva dos atores sociais. Exige-se, ao fim e ao cabo, que cada qual pratique a solidariedade com os demais.

No âmbito internacional, por seu turno, a fraternidade se apresenta como direito humano, a partir do momento em que passa a ser estabelecida no teor da Declaração Universal, essa com o seguinte teor: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Tal concepção revela-se, entretanto, mais que um conceito, buscando se apresentar como princípio ativo a determinar o comportamento da humanidade.

A explicar a expressão universal da fraternidade, Marcio Aquini¹² pondera:

A fraternidade, todavia, não se apresenta apenas como enunciação de um conceito, mas como princípio ativo, motor do comportamento, da ação dos homens, com uma conotação essencialmente moral. Assim, ela deve ser considerada – a meu ver- estreitamente ligada ao mesmo tempo ao Preâmbulo, nas partes em que evoca a idéia da família humana e considera a Declaração um ideal comum a ser alcançado por todos os povos e nações, e ao Artigo 29, que introduz a idéia dos deveres que todo ser humano tem para com a comunidade.

Assim, a fraternidade, como já referido, advém da base conceitual do Cristianismo, e tem sua origem ligada à igualdade e liberdade. Nesse sentido, Giuseppe Tosi¹³ explica que:

¹¹ BALERA, Wagner. Noções Preliminares de Direito Previdenciário. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p.p. 23 e 24.

¹² BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 133.

¹³ BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 57.

Se isso é verdade, podemos afirmar que não só a fraternidade mas também a igualdade e a liberdade são conceitos que encontram suas raízes no cristianismo: os Direitos Humanos são parte da tradição histórica-conceitual do cristianismo, e a prova direta disso é que assim são percebidos pelas tradições não-ocidentais, que acusam os Direitos Humanos de não serem universais, mas justamente ocidentais e cristãos.

O Direito, sob a perspectiva da fraternidade, visa, neste aspecto, como uma categoria jurídica, ao lado da liberdade e da igualdade, contribuir para melhor realização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, presentes no artigo 3º da Constituição Federal de 1988, especialmente no que diz respeito à construção de uma sociedade “*livre, justa e solidária*”.

Tal derivação nasce da concepção de que qualquer sociedade, em que conformação seja, deve pretender-se antes fraterna, aspecto esse, essencial à sua gênese e desenvolvimento. Nesse sentido, Antonio Maria Baggio¹⁴ pondera que:

A fraternidade fornece, portanto, a base categorial para o desenvolvimento de um pensamento da cidadania que possa ser aplicada à comunidade humana; o que não exclui as outras comunidades, mas serve-se delas, realizando a “comunidade de comunidades”, (...). Conhecemos, porém, se assim podemos dizer, em sentido kantiano, a forma: qualquer que seja a estrutura desejada para si por uma sociedade, tal estrutura deve ser fraternal; e a condição dos irmãos é viver em igualdade entre diferentes. Parece, portanto, que uma condição basilar de qualquer sociedade fraterna seja levar a *liberdade e a igualdade a conviverem*, uma vez que a fraternidade se revela como condição e princípio regulador de ambas.

Outro escopo é demonstrar que a fraternidade, numa perspectiva jurídica, está a serviço da eficácia do Direito. Assim é crível considerar que o princípio da fraternidade é quem melhor realiza os fins do Direito por estar intimamente relacionado ao princípio da dignidade humana, núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito.

Nesse desiderato ainda, destaca-se a importância do princípio da fraternidade como fundamento da ordem normativa constitucional, na medida em que representa um importante critério interpretativo sobre o conteúdo de certas normas para que se aplique a melhor solução do caso concreto.

Nesse sentido, Fellippo Pizzolato¹⁵ explica que:

Assim, a fraternidade age no ordenamento como solidariedade que nasce da ponderação entre as esferas de liberdade, e que é confiada não à intervenção do Estado enquanto sujeito ativo da relação jurídica, mas sim à ação do Estado enquanto ordenamento jurídico. Portanto, os mecanismos (legislativo e jurídicos) de balanceamento visam a evidenciar direções de desenvolvimento das liberdades individuais que salvaguardem, aliás, que promovam as razões da comunidade e, dentro dela, as relações dos mais fracos.

¹⁴ BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 127.

¹⁵ BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2008, p. 124.

Tal temática é abordada, ainda, por Giuseppe Tosi¹⁶, que pondera que:

Nesse sentido, seria preciso abandonar uma postura antimoderna e abrir um diálogo crítico com a Modernidade: não se trata de colocar a fraternidade contra a liberdade e a igualdade, mas com elas, articulando dialeticamente os três conceitos e retomando a antiga tradição do humanismo cristão. A fraternidade poderá desempenhar um papel político se for capaz de interpretar e transformar o mundo real em que vivemos, mostrando assim um valor heurístico e uma eficácia prática.

De outra parte, a partir de um viés normativo, evidencia-se que sob a ótica da fraternidade, os incisos do Art. 3º da Constituição Federal, conclamam a uma atuação promocional da pessoa humana, a partir de uma premissa fundamental, sem a qual, tais objetivos fundamentais jamais poderão ser perseguidos; quais sejam, o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos, além da igualdade em dignidade. Nesse sentido, Daniel Sarmento¹⁷, ao debruçar-se sobre o tema, pondera que:

Na verdade, a solidariedade [aqui também é possível referir-se à fraternidade] implica reconhecimento de que, embora cada um de nós componha uma individualidade, irredutível ao todo, estamos também juntos, de alguma forma irmanados por um destino comum. Ela significa que a sociedade não deve ser um lócus da concorrência entre indivíduos isolados, perseguindo projetos pessoais antagônicos, mas sim um espaço de diálogo, cooperação e colaboração entre pessoas livres e iguais, que se reconheçam como tais.

Desse modo, a recusa de qualquer distinção entre os seres humanos requer da sociedade e de seus membros um esforço para a promoção dos menos favorecidos, a fim de que sejam erradicadas a pobreza e a marginalização e reduzidas às desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III da C.F.), direcionando para o desenvolvimento da nação (art. 3º II da C.F.).

Portanto, o princípio da fraternidade está ligado aos princípios da liberdade e igualdade, apresentando-se como imperativo à construção de uma comunidade política coesa, implicando, portanto, na expansão da cidadania. Assim, O Domingo Ighina¹⁸ explica que:

O princípio da fraternidade, entendido como princípio que implica a construção de uma comunidade política coesa e, portanto moderna, reconhece, como sabemos, origens antigas (...). De fato, o princípio da fraternidade permite supor um cidadão equivalente a outro, um cidadão capaz de assumir sua situação política em paridade com seu próximo, de tal modo que a polis se torne algo que supere qualquer compartimento de casta ou de classe. Sobre esse princípio, explícito ou não, foram construídos os Estados nacionais modernos, ao longo do século XIX.

A fraternidade exige, com certeza, uma forte articulação com os princípios da liberdade e da igualdade, sem os quais é impossível pensar na equivalência política dos habitantes de uma nação.

¹⁶ BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 58.

¹⁷ SARMENTO, Daniel, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 295.

¹⁸ BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2009. pp. 33 e 34.

Ainda nesse sentido, Domingo Ighina¹⁹, ao contextualizar historicamente e geograficamente a fraternidade, citando José Ingenieros, pensador argentino que teorizou sobre a situação colonial da América Latina, apresenta-a como alternativa à opressão, expressando-se do seguinte modo:

A consciência dessa situação colonial leva Ingenieros a reivindicar liberdade política e justiça social, princípios que desaparecem em uma situação colonial. Nessa situação e nessa carência, Ingenieros percebe implicitamente a possibilidade da fraternidade, pois esta torna-se tarefa conjunta, projetiva, destinada à reverter a condição dos oprimidos. O princípio político da fraternidade surge, então, como requerimento contra a opressão, por articular o princípio da liberdade – que ele denomina liberdade política – e o da igualdade, expresso na justiça social.

Ainda sobre essa temática, Antonio Maria Baggio²⁰ pondera que:

Conhecemos, porém, se assim podemos dizer, em sentido kantiano, a forma: qualquer que seja a estrutura desejada para si por uma sociedade, tal estrutura deve ser fraternal; e a condição dos irmãos é viver em igualdade entre diferentes. Parece, portanto, que uma condição basilar de qualquer sociedade fraterna seja levar *a liberdade e a igualdade a conviverem*, uma vez que a fraternidade se revela como condição e princípio regulador de ambas.

Portanto, os direitos sociais têm sua conformação adstrita ao princípio da fraternidade, e à sua temática libertária e igualitária.

A partir desse contexto, Fabiana Okchstein Kelbert²¹, citando Peter Krause, apresenta a fundamentação fraternal à concepção de um direito fundamental a um mínimo existencial:

Peter Krause salienta que é preciso registrar que a literatura pré-revolucionária derivava os direitos fundamentais sociais na França do princípio da “fraternidade”, pois se alguém que se alimenta por meio do próprio trabalho e esforço ficar impedido de trabalhar em razão de doença, idade ou acidente, então a comunidade precisa substituí-lo em seu socorro. Aponta, ainda, a inclusão de um direito fundamental ao mínimo existencial no projeto de constituição de Emmanuel Sieyès (1748-1836), que partia da ideia de um indivíduo que busca o bem-estar e utiliza todos os meios que estão a sua disposição, devendo receber apoio do Estado.

Assim, o resgate dos direitos sociais, inseridos em uma dialética entre a subjetividade e alteridade, somente poderá ocorrer a partir de uma inserção axiológica, representada pela consideração do princípio da fraternidade.

Nesse sentido, Giuseppe Tosi²² pondera que:

A tese central pare-me ser a seguinte: ao enfatizar a liberdade e a igualdade em detrimento da fraternidade, a Modernidade acentuou os aspectos individualistas e egoístas dos Direitos

¹⁹ BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2009. p. 38.

²⁰ BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 127.

²¹ KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 22 e 23.

²² BAGGIO, Antonio Maria (Org). O Princípio Esquecido/2. São Paulo: Cidade Nova, 2009, p. 59.

Humanos, esquecendo o caráter social, fraterno e solidário desses mesmos Direitos, que não são simplesmente do indivíduo e dos grupos ou classes, mas também do “outros”, do mais pobre, do mais desfavorecido. Se a liberdade remete ao indivíduo na sua singularidade, e a igualdade abre para uma dimensão social que, no entanto, permanece no âmbito da identidade de certo grupo ou classe social *contra* outros, a fraternidade remete à idéia de um “outro” que não sou e nem meu grupo social, mas o “diferente” diante do qual tenho deveres e responsabilidades, e não somente direitos a opor.

Assim, é crível se argumentar que a fraternidade apresente uma natureza jurídica. Pode ser situada internacionalmente, na Declaração dos Direitos do Homem de 1948.

E, nesse sentido, ainda, no plano interno, o princípio da fraternidade situa-se delimitado no texto constitucional, como categoria constitucional.

Portanto, o princípio da fraternidade apresenta um conteúdo imperativo, representando os deveres sociais, juridicamente consagrados, de uma pessoa em relação a outra.

E, por seu caráter axiológico, a fraternidade se imanta na justiça, mas está acima dela, atuando em uma esfera particular, que nesse jaez, tem uma efetividade propedêutica que se insere na pretensão do progresso geral da moralidade.

Tal acepção é pontuada por Michael J. Sandel²³, o qual, ao tratar do aspecto terapêutico da justiça, sobre a fraternidade pondera que:

Quando a fraternidade se desvanece, pode bem fazer-se mais justiça, mas poderá ser necessário muito mais para restabelecer o *status quo* moral. Para além disso, nada garante que a justiça e as virtudes rivais sejam perfeitamente comensuráveis. O colapso de certos vínculos pessoais e cívicos pode bem constituir uma perda moral de tal magnitude que nem uma dose considerável de justiça a possa compensar. Será certo que uma ruptura no tecido dos entendimentos e dos compromissos implícitos de uma comunidade ficará devidamente restaurada a partir do momento em que cada um “cumpra o seu dever” daí em diante?

Desse modo, o princípio da fraternidade promove o resgate dos direitos sociais, promovendo-lhes uma maior densificação, na medida em que lhes insere um caráter objetivo interpessoal; apontando uma dialética entre a subjetividade e alteridade, como requisito de sua existência.

3. DA JUSFUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

A partir da superação do individualismo, característica marcante da sociedade burguesa, com seus fundamentos lastreados na autonomia absoluta e na isonomia formal, surge, por influência do movimento socialista, o dever jurídico da solidariedade, “ainda que inexistente no meio social a fraternidade como virtude cívica”²⁴.

²³ SANDEL, Michael J. O Liberalismo e os Limites da Justiça. Lisboa: Fundação Galuste Gulbekian, 2005, p. 60.

²⁴ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65.

Assim, o dever jurídico da solidariedade se revela pela “ideia de responsabilidade de todos pelas carências ou necessidades de qualquer indivíduo ou grupo social”²⁵; fundado na “ideia de justiça distributiva entre as classes sociais, com a socialização dos riscos normais da existência humana”²⁶.

É justamente, a partir desse panorama que vêm a lume os direitos sociais, representados como direitos “que se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção sociais aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”²⁷.

Assim, na implementação dos direitos sociais reside um dos mais acirrados debates que permeiam o Direito Constitucional, visto a essencialidade que representam à concretização do conceito de vida humana digna²⁸.

A temática da dignidade humana, portanto, pela axiologia que lhe é imanente, evoca, em sua conformação, ideais de justiça e igualdade entre os homens e pelos homens²⁹.

Por seu turno, no pensamento moderno, a filosofia de Hobbes, por exemplo, concebeu a igualdade de todos os homens, a partir de um postulado antropológico. Tal circunstância é apresentada por Simone Goyard Fabre³⁰ nos seguintes termos:

O estudo antropológico ensina que a igualdade é o correlato da postulação individualista do sistema e tem uma dimensão filosófica quase existencial – isso, precisamente, marcará de modo duradouro o pensamento moderno. “Todos os homens são naturalmente iguais”, declara Hobbes. A favor da ficção metodológica da “condição natural dos homens”, ele apresenta, inicialmente, uma prova física-mecânica dessa igualdade: os homens têm uma capacidade igual de se matar uns aos outros e até mesmo o mais fraco sempre tem força suficiente para matar outro mais forte do que lê, seja porque recorre a uma “maquinação secreta” seja porque “se alia a outros que estejam correndo o mesmo perigo que ele”.

²⁵ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65.

²⁶ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65.

²⁷ COMPARATO, Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 65.

²⁸ Por tais razões é que o debate quanto à extinção ou adequação dos direitos sociais às reservas orçamentárias disponíveis à sua concretização soa extremamente delicado. Açodamentos sob o epíteto de conter o “expressivo déficit financeiro e atuarial do regime de previdência social”, a exigir “medidas estruturantes, relevantes e urgentes, que venham a resguardar a melhora do equilíbrio financeiro e atuarial” do mesmo, visando à garantia do pagamento a todos os segurados e dependentes, por meio de Medida Provisória (como a presente Medida Provisória nº 664, de 30 de dezembro de 2014), não cabem nesse quadro, pela imanência dos direitos sociais na preservação da dignidade da pessoa humana; na medida em que é necessário, antes, considerar todas as outras opções disponíveis (cortar custos ao custo da dilapidação de direitos sociais talvez fosse a última opção); o que somente é possível por uma via mais democrática e cautelosa: a institucionalmente consagrada, para dizer o mínimo.

²⁹ “Lo bueno individual tiene un valor social, pues funda una pretensión dirigida a todos que debe ser satisfecha del modo especificado por los principios de justicia. Algunos otros valores sociales, como el bienestar o la felicidad son de hecho reducidos a lo bueno para los individuos, por cuanto equivalen a la satisfacción de planes de vida racionales de la manera prescripta por los principios de justicia”. (NINO, Carlos Santiago, ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS: Um Esayo de Fundamentación. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, p. 180).

³⁰ FABRE, Simone Goyard. Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno, São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 81 e 82.

De outra parte, ainda, ao se investigar a significação do termo igualdade, associa-se tal postulação, frequentemente, à ideia de justiça. Assevera-se, pois, que a igualdade constitui-se o âmago da justiça. Tal debate é permeado pelo conteúdo jurídico que está adstrito ao conceito de dignidade da pessoa humana, questão essa, balizada pela noção conceitual de *mínimo existencial*.

A temática em questão é abordada por Luis Roberto Barroso³¹, o qual, lançando luz sobre tais questionamentos, tece considerações que ultrapassam, em muito, os estreitos limites dogmáticos do presente trabalho. Nesse sentido, pondera que:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental.

A dramaticidade de tal discussão reflete questões que perpassam pela própria existência desses direitos, uma vez que se deslocando a sua ontologia à acepção política, a opção por sua implementação no seio social fica a depender das opções políticas de um governo em particular. Por outro lado, a se pontuar a natureza jurídica desses direitos, a questão fundamental que se apresenta, para a existência desses direitos, repousa em saber em qual medida se poderia obrigar judicialmente o Estado, a fornecer, aos carentes, o acesso a bens econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, Jorge Reis Novais³² pondera que:

O “problema” dos direitos sociais é, antes, como se verá em todo o desenvolvimento, uma questão competencial ou de separação de poderes: uma vez reconhecidos, mais ou menos controversamente, como verdadeiros direitos fundamentais, coloca-se a questão decisiva de saber a quem compete fixar o seu comando normativo definitivo, a quem cabe a última palavra sobre o seu sentido, o seu conteúdo e alcance.

E nesse sentido, ainda, Jorge Reis Novais³³ conclui que:

Enquanto problema jurídico-constitucional, tudo se resume em última análise, em saber se o juiz, designadamente o juiz constitucional, pode, com fundamento nas normas sobre direitos sociais, e em caso afirmativo, em que medida e com que alcance, impor aos Governo/maioria democrática a invalidação das respectivas decisões ou o cumprimento positivo de deveres, ainda que contra a vontade ou a opção política desses titulares do poder político

³¹ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 337.

³² NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 33.

³³ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 33.

Assim, o âmbito de proteção desses direitos implica fundamentalmente na realização destes, o que representa ações estatais tendentes a concretização desses direitos. Por tal razão, aliás, que Celso Antônio Bandeira de Mello³⁴ verbera que:

Uma vez que a nota típica do Direito é a imposição de condutas, compreende-se que o regramento constitucional é, acima de tudo, um conjunto de dispositivos que estabelecem comportamentos obrigatórios para o Estado e para os indivíduos. Assim, quando dispõe sobre a realização da Justiça Social – mesmo nas regras programáticas – está, na verdade, imperativamente, constituindo o Estado Brasileiro no indeclinável dever jurídico de realizá-la.

Desse modo, uma discriminação com o objetivo de fomentar a criação de uma igualdade fática somente é obrigatória se houver razões suficientes para tanto. Portanto, somente existe um direito originário a uma igualdade fática em situações limítrofes, como por exemplo, o direito a um mínimo existencial. No entanto, mesmo nessa hipótese, explica Robert Alexy, não se pode considerar o direito a um mínimo existencial de forma apodítica; visto que sem se recorrer a um parâmetro de comparação, é praticamente impossível determinar o que faz parte do mínimo existencial garantido constitucionalmente.

Portanto, a igualdade fática deriva mais do princípio do Estado Social que do enunciado geral da igualdade. Nesse sentido, Robert Alexy³⁵ explica que:

Scholler observou que a “concretização do enunciado da igualdade (...) depende do conceito e da visão de Estado”. Mas, em relação a conceitos e visões de Estado, é possível dizer que eles sempre expressam uma filosofia do Direito e do Estado mais ou menos desenvolvida. É possível, então, na esteira de Dreier, afirmar: a escolha da interpretação do enunciado da igualdade depende da filosofia do Direito e do Estado que se defende. Essa idéia pode ser estendida a todos os dispositivos de direitos fundamentais, mas para o enunciado da igualdade ela tem uma importância ainda maior, pois as questões de Filosofia do Direito e do Estado ligadas à igualdade são extremamente controversas.

Tais direitos têm como essência, a preocupação com as necessidades humanas. E nesse viés, buscam a satisfação das necessidades primordiais das pessoas, a fim de que se possam alcançar patamares mínimos de existência, desfraldando, em sua marcha, a bandeira da dignidade da pessoa humana, com intento de buscar uma significação maior à vida, que uma sucessão de misérias. E; no presente contexto, portanto, ao Estado não é dado se abster. Ao revés, deverá agir, atuando no sentido de se buscar a superação das carências individuais e sociais, por princípio institucional.

Nesse sentido, Gilmar Ferreira Mendes³⁶ explica que:

³⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Eficácia das Normas Constitucionais e Direito Sociais. 1ª ed., 3ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 12.

³⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 420 e 421.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 06.

Vinculado à concepção de que ao Estado incumbe, além da não intervenção na esfera da liberdade pessoal dos indivíduos, garantida pelos direitos de defesa, a tarefa de colocar à disposição os meios materiais e implementar as condições fáticas que possibilitem efetivo exercício das liberdades fundamentais, os direitos fundamentais a prestações objetivam, em última análise, a garantia não apenas da liberdade-autonomia (liberdade perante o Estado), mas também da liberdade por intermédio do Estado, partindo da premissa de que o indivíduo, no que concerne à conquista e manutenção de sua liberdade, depende em muito de uma postura ativa dos poderes públicos.

Por tal razão, os direitos de segunda geração são denominados direitos positivos. Possuem, também, a denominação de “direitos de crença”, na medida em que trazem em seu bojo, a esperança de uma participação ativa do Estado. Com relação aos direitos fundamentais de segunda geração, manifesta-se Marisa Ferreira dos Santos³⁷, nos seguintes termos:

Os Direitos fundamentais de segunda geração exigem do Estado, ao contrário, um comportamento positivo, ou seja, de fornecimento de prestações destinadas ao cumprimento da igualdade e redução dos problemas sociais. São exemplos de direitos sociais os direitos relativos à Seguridade Social, à subsistência, ao trabalho. Sua presença, porém, tendo em vista a necessidade de meios e recursos, já que se exigem prestações positivas do Estado, esteve relegada, por muito tempo, a normas de caráter programático, situação que vem sendo modificada ao longo do tempo. Já há Constituições, inclusive a do Brasil de 1988, que deram aplicabilidade direta e imediata a certos direitos sociais, conferindo ao indivíduo direito subjetivo de exigir do Estado prestações positivas, como, exemplificativamente, a assistência à saúde (direito de todos e dever do Estado, conforme dispõe o art. 196).

Assim, o nascimento desses direitos resulta da percepção de que os direitos fundamentais individuais somente se realizariam a partir da existência dos direitos fundamentais de segunda dimensão, na medida em que a liberdade somente teria significação se disponibilizada a iguais. Somente pessoas com igual acesso aos bens disponibilizados no *locus* do Estado, teriam a liberdade de olhar em direção, dentre as várias possibilidades, que se apresentariam, em igual medida, a todos.

Tal concepção é defendida por John Rawls, em sua doutrina filosófica, ao conceber que o princípio da diferença deverá ser compensado pelo princípio da reparação, de modo a se alcançar uma igualdade que represente justiça social. Nesse sentido, John Rawls³⁸ expressa-se do seguinte modo:

Em primeiro lugar, podemos observar que o princípio da diferença dá algum peso às considerações preferidas pelo princípio da reparação. De acordo com este último princípio, desigualdades imerecidas exigem reparação; e como desigualdades de nascimento e de dotes naturais são imerecidas, elas devem se de alguma forma compensada. Assim, o princípio determina que a fim de trará as pessoas igualmente, de proporcionar uma genuína igualdade de oportunidades, a sociedade deve dar mais atenção àqueles com menos dotes inatos e aos oriundos de posições sociais menos favoráveis. A idéia é de reparar o desvio das contingências na direção da igualdade. Na aplicação desse princípio, maiores recursos devem ser gastos com a educação dos menos inteligentes, e não o contrário, pelo menos durante um certo tempo da vida, digamos, os primeiros anos da escola.

³⁷ SANTOS, Marisa Ferreira dos. O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social. São Paulo: Editora Ltr, 2004, p. 27.

³⁸ RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 107.

Na mesma seara, Arthur Kaufmann³⁹ explica que:

Ainda hoje o livro V da “Ética a Nicómaco” de *Aristóteles* é o ponto de partida para qualquer reflexão séria sobre a questão da justiça. O cerne da justiça é, ensina ele, a igualdade. Mas enquanto muito mais tarde (por exemplo *Kant*) ainda concebeu a justiça como algo formal e numérico (*Kant*: “se assassinou, tem que morrer...”, assim exige a justiça enquanto idéia de poder judicial segundo leis gerais *a priori*”), *Aristóteles* compreendeu-a, muito mais adequadamente, como algo proporcional, geométrico, analógico. O igual é um meio termo e portanto a justiça é o proporcional. A proporção exige um meio termo e portanto a justiça é o proporcional. A proporção exige contudo um critério; a analogia, um termo de comparação. *Aristóteles* chamou a este critério “valor”. É claro que com isso se convocou o ponto cardinal, mas também toda a problemática da questão da justiça”.

Ainda, Arthur Kaufmann⁴⁰ conclui que:

A igualdade é portanto uma igualdade de relações, uma correspondência, uma analogia. O carácter analógico do ser (que não se funda necessariamente na doutrina teológica da *analogia entis* = problema de Deus) é o pressuposto para que possamos alcançar uma ordem ao nosso saber e nas nossas relações (...). Só existe ordem com base no analogado ser, que é algo intermédio entre identidade e diferença, entre absoluta igualdade e absoluta diversidade.

Portanto, esse embate teve reflexos nos textos constitucionais, imprimindo-lhes um conjunto de normas com a temática adstrita aos temas sociais, incorporando à teleologia constitucional, a imposição normativa de conformação da realidade aos princípios éticos insculpidos nesses textos. Nesse sentido, a evidenciar o parâmetro de igualdade que se pretende referir, Marcelo Neves⁴¹ explica que:

O “princípio da igualdade” é uma expressão vaga e ambígua, com enorme conotação retórica, exigindo delimitação semântica. Inicialmente, deve ser afastada toda e qualquer concepção de que trata a “igualdade de fato”. O princípio da igualdade surge exatamente como instituição destinada a neutralizar as desigualdades no âmbito de “exercício dos direitos”. Considerando-se o conceito de Estado Democrático de Direito, pode-se afirmar que se trata de igualdade jurídico-política. Deve-se acrescentar, contudo, para evitar, de um lado, ilusões e, de outro, críticas ideológicas fundadas na sobrecarga do princípio, que este não aponta para a igualdade conteudística de direitos e poder dos indivíduos e grupos. O princípio refere-se antes à integração ou acesso igualitário aos procedimentos jurídico-políticos do Estado Democrático de Direito.

Esse é o amalgama a partir do qual é engendrada a Constituição Federal de 1988, pretendendo ser uma Constituição Dirigente, e, especificamente quanto aos direitos sociais, a força

³⁹ KAFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 231.

⁴⁰ KAFMANN, Arthur, *Filosofia do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, pp. 231 e 232.

⁴¹ NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo, Martins Fontes, 2008, pp. 166 e 167.

normativa desse diploma impõe juridicamente o direito a prestações estatais que fomentem os direitos sociais. Assim, José Afonso da Silva⁴², discorrendo sobre o tema, traça as seguintes ponderações:

Esse embate entre o liberalismo, com seu conceito de democracia política, e o intervencionismo ou o socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais, comportando um conjunto de disposições concernentes tanto aos direitos dos trabalhadores como à estrutura da economia e ao estatuto dos cidadãos. O conjunto desses princípios forma o chamado conteúdo social das constituições. Vem daí o conceito de *constituição-dirigente*, de que a Constituição de 1988 é exemplo destacado, enquanto define fins e programas de ação futura no sentido de uma orientação social democrática.

No entanto, a uma vez preconizado caráter fundamental dos direitos sociais, a ponderação que se faz recai na imposição que tais direitos poderão vir a ter, quando ao seu delineamento por meio de normas programáticas. Por suas características, apesar das normas constitucionais programáticas serem dotadas de caráter imperativo e vinculativo, como se defendeu alhures, não se tratam, essas, de normas de imediata aplicabilidade. No entanto, isso não nega o caráter imperativo-jurídico dessas normas.

De outra parte, há que se ponderar que as normas que disciplinam as relações econômico-sociais sofreram duas transformações no decorrer do século XIX.

Em primeiro lugar, deixaram de ser normas abstratas e passaram a ser normas concretas jurídicas positivas. Ainda, integraram-se a outras normas destinadas a atuar como uma completa e pormenorizada regulamentação jurídico-constitucional dos objetivos políticos do Estado Social. Assim, mais uma vez, evidencia-se o caráter teleológico dessas normas, que em sua conformação apontam na direção da concreção dos fins sociais, pelo Estado, delineando programas de intervenção na ordem econômica, de modo a concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Entretanto, fica em suspenso a solução que redunde na eliminação do caráter abstrato e incompleto das normas definidoras de direitos sociais; visto que o simples reconhecimento dos direitos sociais não é suficiente para reequilibrar a situação de inferioridade dos menos favorecidos. Ademais, não se pode confundir disposições programáticas e princípios constitucionais. As normas e princípios assumem conotações diferentes. Assim, normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo. Por sua vez, princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas contendo valores e bens constitucionais.

Por outro lado, as normas programáticas são normas informadas pelos princípios, definidoras de direitos econômicos e sociais específicos; uma vez que revelam o compromisso entre as forças políticas liberais e tradicionais e as reivindicações populares de justiça social. Ainda, há que se

⁴² SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das Normas Constitucionais. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998, pp. 136 e 137.

argumentar que por constarem no texto constitucional, já afirma a juridicidade das normas programáticas. Estas enunciam normas jurídicas que vinculam todas as demais produções normativas inferiores. São regras que cerceiam a atividade dos legisladores futuros, que no assunto programado, não podem ter outro programa.

O caráter programático dos direitos sociais, entretanto, não pode ser motivo para a sua não realização, ante o reconhecimento da judicialidade desses direitos, alçada na sua ontologia de direitos fundamentais. Tal constatação é defendida por Fabiana Okchstein Kelbert⁴³, a qual explica que:

Da mesma forma, o administrador público vincula-se aos direitos sociais por meio de prestações que devem ser fornecidas aos cidadãos. Canotilho toma como exemplo o direito à saúde, que continua sendo um direito social, independentemente das medidas tomadas pelo Estado para garantir sua eficácia, de modo que o caráter programático comumente atribuído às normas que prevêem direitos sociais já não pode ser invocado para considerá-las ineficazes, sob pena de tolher a juridicidade dos direitos sociais. Em igual sentido, Sarlet sustenta que admitir a dimensão programática dos direitos sociais, vinculada à dimensão objetiva desses direitos, sejam normas programáticas. De fato, considerando que os direitos sociais são direitos positivados, a dimensão programática não poderá ser invocada como barreira à juridicidade desses direitos, conforme anota Bonavides: “A programaticidade sem juridicidade poderá enfim converter-se formal e materialmente no obstáculo dos obstáculos à edificação constitucional de um verdadeiro Estado de direito”.

Inobstante, tais direitos são contemplados sob o viés das disponibilidades econômicas do Estado. Assim, vicejam sob o conceito da chamada “reserva do possível”.

Desse modo, as questões atinentes ao caso concreto, quando da estruturação desse direito, somados a aspectos ligados ao contingenciamento orçamentário, são levados em consideração na concreção das ações Estatais pertinentes. Tal concepção jurídico-política é definida por Jorge Reis Novais⁴⁴, o qual explica que:

Dizia-se, na primeira jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, que cunhou a expressão, que a “reserva do possível” que afectava os direitos sociais os limitava àquilo que *o indivíduo podia razoavelmente exigir da sociedade*. Nesta ideia de *razoabilidade* da exigência vinham incluídas considerações atinentes às circunstâncias concretas do caso, designadamente, as próprias condições materiais do particular titular do direito, que poderiam influenciar a *razoabilidade* do tipo de exigências dirigidas ao Estado. Mas, nessa limitação material do *razoável* vinha também explicitada a dependência da responsabilidade do legislador na feitura do orçamento e, logo, implicitamente considerada a relevância do custo da prestação em causa e dos recursos ao dispor do Estado, pelo que, ao final, a reserva do possível acabaria por ser perspectivada quase exclusivamente em torno das disponibilidades do Estado e a identificar-se com aquilo que a doutrina identificava anteriormente como sendo uma *reserva constitucional da efectiva capacidade de prestação do Estado*.

Entretanto, considerando que a determinação do caráter prestacional do “Mínimo Existencial” exige o respeito de determinadas obrigações da parte do Estado, e que os argumentos

⁴³ KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 54.

⁴⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos Sociais. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 90.

tradicionais de escassez de recursos e imprecisão normativa não podem ser utilizados de forma absoluta para justificar a ineficácia do direito referido, a adoção das medidas necessárias para dar-lhe efetividade, impõe-se, na esfera jurídica. Desse modo, Jediael Galvão Miranda⁴⁵ assim se manifesta, ao tecer uma consideração alusiva aos princípios e normas que regem a seguridade social:

Portanto, a *dignidade da pessoa humana* é valor fundamental que dá suporte à interpretação de normas e princípios da seguridade social, de molde a situar o homem com o fim de seus preceitos, e não como objeto ou instrumento.
Em tema de seguridade social, garantir o *mínimo existencial* (um dos núcleos do princípio da dignidade humana) para assegurar subsistência digna e vida saudável ao indivíduo atingido por diversas contingências sociais.

Assim, como já defendido anteriormente, ante o imperativo constitucional, o atendimento às necessidades humanas é motivo suficiente para se concretizar os direitos fundamentais. O que pode ocorrer, no entanto, é que não havendo meios de efetivá-los todos de uma só vez, deve-se efetivar os principais. É justamente nesse pormenor que reside a dimensão positiva do princípio da dignidade da pessoa humana. Portanto, o “Mínimo Existencial” necessário à sobrevivência com dignidade deve ser resguardado pelos direitos sociais.

Não se pode olvidar, entretanto, que o cumprimento desse imperativo constitucional exige a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna do indivíduo e de sua família. Nesse aspecto, o “Mínimo Existencial” vincula as prestações estatais para que sejam cumpridas as aspirações do Estado Democrático de Direito. Como explica Norberto Bobbio, trata-se de uma característica essencial dos direitos sociais, na medida em que não basta consagrá-los, para existirem, é preciso sua realização. Assim, devem ser levadas em consideração, condições objetivas próprias, externas ao campo jurídico⁴⁶.

Desse modo, é necessário evidenciar até que ponto podem os entes públicos deixar de efetivar a concreção das normas constitucionais que disciplinam os direitos sociais, sem que exista ofensa aos direitos subjetivos dos indivíduos protegidos, ante a inexistência de recursos públicos suficientes. E, nesse sentido, Guilherme Amorim Campos da Silva⁴⁷ é enfático, ao explicar que:

No âmbito do constitucionalismo contemporâneo, a realização dos direitos humanos e dos direitos sociais constitui-se em condição legitimadora de qualquer ordem jurídica estabelecida. (...) A função dos sistemas de direito, na realidade contemporânea, deve ser orientada instrumentalmente para a tradução de princípios e previsões normativas em ações públicas e judiciais vertidas para sua realização. Caracterizando uma concepção antropocêntrica das Constituições modernas e contemporâneas, Häberle identifica nova estrutura de funções e competências estatais, que se encontram a serviço do ser humano.

⁴⁵ MIRANDA, Jediael Galvão. Direito da Seguridade Social. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 24.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992 p. 44.

⁴⁷ SILVA, Guilherme Amorim Campos da. Direito ao Desenvolvimento. São Paulo: Editora Método, 2004, 2004, p. 39.

Tal ponderação é ainda apontada por Jorge Reis Novais⁴⁸, o qual assevera o caráter fundamental dos direitos sociais e as derivações que daí decorrem, na concreção de um plexo de deveres Estatais, que constituem feição atual do Estado. Nesse sentido, assevera que:

Como acontece a todos os direitos fundamentais, vistos como um todo, numa compreensão própria de Estado social de Direito – que é a concepção de nossa época -, também os direitos sociais, tal como os de liberdade, impõem ao Estado deveres de respeitar, de proteger e de promover o acesso individual aos bens jusfundamentalmente protegidos, mas, e consoante as circunstâncias concretas, os diferentes titulares, as diferentes épocas e desenvolvimento econômico do Estado, a tônica pode ser pontualmente colocada numa ou noutra dessas dimensões e, em cada uma delas, em termos objectivos ou subjectivos.

Portanto, uma vez delimitado o conceito de dignidade da pessoa humana, ainda que impropriamente, caberá ao Estado atuar no sentido de sua concretização coletiva, mesmo que por um prisma principiológico, instrumentalizando o normatizado na Constituição Federal.

Desse modo, as normas programáticas apresentam eficácia, a par de sua axiologia, apontam um caminho, que é progressivamente alcançado, por meio de etapas; as quais implicam em sua densificação, de modo a se aproximar do ideal imaginado pelo legislador constitucional. E, ao revés, não prescindem de um mínimo, que deverá já ter existência verificável.

Assim, é necessário delimitar o parâmetro mínimo aceitável, dentro do qual ter-se-á um limiar, a partir do qual poder-se-á constatar a existência dos direitos sociais. Nesse ponto, considerando que a implementação de políticas públicas está adstrita à reserva orçamentária, insere-se a temática da justiça distributiva a partir da visão de Ronald Dworkin, apresentando um paradigma baseado no direito de igualdade de consideração e no direito de ser tratado como um igual⁴⁹.

A atuação Estatal, portanto, quando volvemos os olhos aos direitos sociais, está vinculada a parâmetros econômicos e políticos. Estes, no entanto, devem ser imantados por mandamentos axiológicos de cunho jurídico, no sentido de construção e manutenção de um patamar civilizatório mínimo, conforme o índice de desenvolvimento do Estado em questão. Nesse sentido, Jorge Reis Novais⁵⁰ explica que:

Se no meu país o Estado já assegura os mínimos sociais e os benefícios e prestações sociais são já de alcance significativo, porventura é a dimensão de defesa, de protecção, de garantia dos níveis de acesso existentes que assumem maior importância jurídica prática. Já se, noutro país, o Estado social for incipiente ou inexistente, é sobretudo, a dimensão positiva e de promoção que adquire importância primeira.

Em outra medida, a delimitação desse patamar civilizatório mínimo deve ser cotejada à luz do princípio da proporcionalidade, de modo que se possa denotar a aplicação orçamentária de forma

⁴⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 43 e 44.

⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 349.

⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 44.

coerente com os imperativos axiológicos do Estado, vertidos na Constituição Federal. Tal ponderação é apontada por Fabiana Okchstein Kelbert⁵¹, a qual assevera que:

De acordo com Olsen, considerando as características do sistema constitucional brasileiro, a reserva do possível está ligada à proporcionalidade também no sentido de que o fundamento da realização dos direitos, na medida do possível, precisará atender ao princípio da proporcionalidade.

Pisarello ensina que os poderes públicos não podem ser obrigados a cumprir com o impossível, devendo demonstrar, no entanto, que estão empregando o máximo de seus esforços e recursos para garantir os direitos pleiteados, que estão recolhendo e difundindo informação suficiente sobre as necessidades existentes, que estão supervisionando o cumprimento dos planos existentes e formulando planos futuros e que prevejam soluções de curto, médio e longo prazo para os grupos mais necessitados. Segundo o autor, os tribunais podem reservar-se a possibilidade de controlar a razoabilidade destas respostas.

Portanto, resta evidenciado que os direitos fundamentais representam um construto dogmático coeso e inseparável, de modo que uma geração de direitos não implica na superação da anterior. Assim como a significação dos direitos de primeira geração somente poderá existir se levar em consideração na sua aplicação a essencialidade determinante dos direitos de segunda dimensão. Esses, fundamentais em sua concreção, para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana, ante o seu caráter existencial.

CONCLUSÃO

Os direitos sociais apresentam um caráter jusfundamental. Por sua conformação existencial, apresentam-se muito próximos a uma ontologia que dá significação à dignidade da pessoa humana.

Tal conclusão, por si só, representa um comprometimento com a sua existência; plasmado no âmbito de proteção desses direitos, o que representa, em última análise, a realização desses direitos por parte do Estado. Assim, a realização das políticas públicas viabilizadoras da concreção desses direitos deriva dos compromissos constitucionalmente assumidos pelo Estado. A omissão do Estado no cumprimento de seu desiderato, não pode ser justificada pela ausência de orçamento, sem se valer do princípio da proporcionalidade. Portanto, o conceito de reserva do possível, por si só, não é razão crível a justificar a inoperabilidade Estatal em garantir um piso existencial mínimo.

A fraternidade, por seu turno, numa perspectiva jurídica, vem contribuir para a efetivação dos direitos fundamentais e a promoção da dignidade humana, na medida em que abre novos horizontes para a satisfação das demandas sociais, propugnando pelo comprometimento, de todos, ao cumprimento de tal desiderato.

⁵¹ KELBERT, Fabiana Okchstein. Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp.93 e 94.

Assim, a fraternidade e o Direito não são auto excludentes. Ao revés, a fraternidade, enquanto valor, vem sendo proclamada nos diplomas constitucionais modernos, figurando como elemento teleológico para o qual derivam outras categorias historicamente consagradas, como a igualdade e a liberdade. E nesse sentido, a fraternidade apresenta, como eixo essencial, o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos, consistente em uma igualdade de dignidade.

E mais, a fraternidade, em sua axiologia, pretendendo um progresso moral incondicional, configura uma virtude, que transcende o bem da justiça. E nesse sentido, preconiza a dignidade, uma perspectiva dinâmica e não estática. Noção, a partir da qual se pode observar a individualismo se realizando por consideração ao coletivismo, em um contexto relacional.

Constata-se, portanto, que é através da fraternidade que o Direito redescobre a própria função de instrumento útil para a construção de relações justas entre os homens e a sociedade.

REFERÊNCIAS

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

BAGGIO, Antonio Maria (Org). **O Princípio Esquecido/1**. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BAGGIO, Antonio Maria (Org). **O Princípio Esquecido/2**. São Paulo: Cidade Nova, 2009.

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BARCELOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 7ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BARROSO, Luis Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

COELHO, Inocêncio Mártires. **Da Hermenêutica Filosófica à Hermenêutica Jurídica**. São Paulo, 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESTEVES, João Luiz. **Direitos Fundamentais Sociais no Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

- FABRE, Simone Goyard. **Os Princípios Filosóficos do Direito Político Moderno**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- KAUFMANN, Arthur. **Filosófica do Direito**. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- KELBERT, Fabiana Okchstein. **Reserva do Possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MEIRELES, Ana Cristina. **A Eficácia dos Direitos Sociais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, Jediael Galvão. **Direito da Seguridade Social**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.
- NETO, Nagibe de Melo Jorge. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**. 2ª tir. Salvador: Juspodium, 2009.
- NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo, Martins Fontes, 2008.
- NEVES, Marcelo. **A Constituição Simbólica**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NETO, Nagibe de Melo Jorge. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**. 2ª tir. Salvador: Juspodium, 2009.
- NINO, Carlos Santiago, **ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS: Um Esayo de Fundamentación**. 2ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989.
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- PRADO, Alessandro Martins; CALIL, Mário Lúcio Garcez; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de (Org.). **Constituição e Direitos Humanos**. Birigui: Boreal Editora. 2009.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SANDEL, Michael J. **O Liberalismo e os Limites da Justiça**. Lisboa: Fundação Galuste Gulbekian, 2005.
- SANTOS, Marisa Ferreira dos. **O Princípio da Seletividade das Prestações de Seguridade Social**. São Paulo: Editora Ltr, 2004.
- SARMENTO, Daniel, **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- SILVA, Guilherme Amorim Campos da. **Direito ao Desenvolvimento**. São Paulo: Editora Método, 2004.
- SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 3ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**. 2^a ed, 2^a tir. São Paulo: Malheiros, 2010.