

DOCTRINA
Edição Comemorativa
30 ANOS DO STJ

Superior
Tribunal
de Justiça

Brasília
Maio
2019

O Princípio Jurídico da Fraternidade:
em Busca de Concretização

Reynaldo Soares da Fonseca
Ministro do Superior Tribunal de Justiça

O PRINCÍPIO JURÍDICO DA FRATERNIDADE: EM BUSCA DE CONCRETIZAÇÃO

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

O oblívio da fraternidade na prática política apresentou reflexos na operacionalização desse conceito no sistema jurídico. Sendo assim, a conversão da ideia em parâmetro normativo de correção da conduta de sujeitos de direito ficou temporalmente prejudicada, seja pela ausência de previsão constitucional ou legal da norma, seja pela baixa densidade e força normativa reconhecida ao princípio fraternal pela comunidade dos operadores jurídicos.

No entanto, é possível identificar junto à fraternidade o fenômeno da *palingenesia iuris politici* (ressurreição) do Direito Político, imbricada nas realidades políticas e jurídicas, que são distintas, mas harmonizáveis. Isso porque em contexto de transição para a pós-modernidade e com vistas a evitar o esvaziamento substancial do conceito de Constituição, o chamamento a reduzir as distâncias entre a normatividade constitucional e realidade sociopolítica a que se pretende regular é inexorável. “Vivimos momentos decisivos: mientras la modernidade se resiste a morir, la postmodernidad esgrime sus armas para destruirla. La resurrección es un misterio, un dogma religioso de esperanza, la *palingenesia* la secularización de la esperanza en el campo político-constitucional.”¹

¹ VERDÚ, Pablo Lucas. La Constitución en la Encrucijada (*palingenesia iuris politici*). **Revista Pensamiento Constitucional**, ano IV, n. 4, p. 139.

Por conseguinte, a fraternidade passa a expressar-se como categoria jurídica relacional com aptidão a regular a vida gregária e estabilizar as expectativas sociais no que tange às condutas humanas. Consoante ao formulado por Pablo Lucas Verdú como teoria preposicional da Constituição, esse ideal desempenha funções relevantes nos conceitos **de**, **sobre** e **na** ordem constitucional. Por isso, concebe-se a “fórmula política da Constituição”, segundo a qual se trata de uma expressão ideológica, inspirada em valores, juridicamente organizada em uma estrutura social.²

Na qualidade de condicionante normativo-estrutural, o conceito sobre a Constituição implica limitação ao conteúdo, à função e à finalidade desta, a despeito de não ser determinístico a esse fascinante experimento sociológico simbolizado pelo texto constitucional. As condições pré-constitucionais vinculantes ao Poder Constituinte decorrem de influxos valorativos cujo marco é a dignidade da pessoa humana, uma ideologia constitucional e uma função transformativa da estrutura social, a que se rompe na transição de ordens jurídicas, como se pôde verificar na concepção de constitucionalismo transformativo. Nesses termos, a fraternidade propõe vedações e limites materiais ao conteúdo da Constituição e à própria autodeterminação coletiva de um Povo, sob a perspectiva do republicanismo, assim como formulações e arranjos sociais alternativos em prol de maior isonomia entre os cidadãos e de um bem-estar fraternalmente considerado.

Quanto aos conceitos **de** e **na** Constituição, ao extrair-se a consciência e a noção que os coautores constituintes possuem do pacto fundante e do projeto político inaugurado, a fraternidade também possui aspecto central nas operações de fundamentação, legitimação, identificação, qualificação e positivação de direitos necessárias ao Texto Constitucional.

Feitas essas considerações, a observância de um epifenômeno representado pelo constitucionalismo fraternal e respectivo reconhecimento da fraternidade como categoria jurídica, do qual se irradia um plexo de direito e deveres fundamentais devidamente recepcionados pelo Povo, é o objeto do presente capítulo.

² Ibid., p. 78 e 82.

Por isso, propõe-se o seguinte itinerário argumentativo a essa empreitada. De saída, pretende-se fixar o *locus* da fraternidade na constitucionalização do direito e no constitucionalismo brasileiro tardio, qualificando-o como fraternal na esteira de Carlos Ayres de Britto. Após, investiga-se essa categoria jurídica extraída de um direito comum da humanidade e estruturada a partir da dignidade da pessoa humana como núcleo central do Estado. Posteriormente, a atividade intelectual será centrada na dogmática dos direitos fundamentais, desde as concepções de dimensões dessas normas ao conteúdo jurídico do princípio da fraternidade.

CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA FRATERNIDADE

Adota-se como ponto de partida a Constituição como pacto fundante veiculador de um projeto político de Estado, antes de tudo norma jurídica primeira, por sua hierarquia e pela cronologia normogenética, que institui não só a organização política do Estado, mas também uma autêntica carta de direitos e seus instrumentos de tutela.

Por isso, convém tecer algumas considerações a respeito do movimento teórico e prático vigente no âmbito do direito constitucional ao longo do período de transição democrática, rompendo o dualismo entre legalismo autoritário e uso alternativo do direito. Atento ao hiato entre norma e realidade, o estudo da efetividade das normas constitucionais foi basilar para o Estado de Direito que desenvolvemos na atual fase republicana. A propósito, “[a] doutrina da efetividade consolidou-se no Brasil como um mecanismo eficiente de enfrentamento da insinceridade normativa e de superação da supremacia política exercida fora e acima da Constituição.”³

Nesse mesmo contexto, pensou-se em uma dogmática constitucional emancipatória tendente a transformar as estruturas sociais por intermédio da gramática democrática e dos direitos fundamentais.

A despeito de fundadas críticas no sentido de que, por vezes, a análise levada a efeito pela doutrina da efetividade relevou a historicidade

³ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 294.

do constitucionalismo pátrio no afã de “refundar” instituições no curso do processo de democratização do Estado e da sociedade no Brasil⁴, é certo que essa vertente teórica provocou mudanças paradigmáticas no direito constitucional.

(...) o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso, três mudanças de paradigma na teoria e na prática do direito constitucional no país. No plano jurídico, atribuiu normatividade plena à Constituição, que passou a ter aplicabilidade direta e imediata, tornando-se fonte de direito e obrigações. Do ponto de vista científico ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-se do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto institucional, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil, dando-lhes um papel mais destacado na concretização dos valores e dos direitos constitucionais.⁵

Sendo assim, justamente nesse espectro de mudanças institucionais e de ideário aliado às transformações da ideia de fraternidade e seu contexto, perquiridas no primeiro capítulo desta tese, passa-se a conceber um constitucionalismo fraternal, traduzível em “fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade.”⁶

Nesses termos, as pessoas igualmente dignas são consideradas com respeito, referência e consideração. Objetiva-se, portanto, a partir da dimensão fraternal da sociedade, uma vida em comunhão e uma comunhão de vida. Nesse intento comunitário e integrador, “[r]econheceu-se na Carta Magna vigente que, se as pessoas viverem em comunidade, com responsabilidades recíprocas, de fato, estarão em comum unidade ou, para usar um vocábulo mais apropriado, em ambiência de fraternidade.”⁷

⁴ Cf. LYNCH, Cristian Edward Cyril; MENDONÇA, José Vicente Santos de. Por uma histórica constitucional brasileira: uma crítica pontual à doutrina da efetividade. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, 2017, p. 974-1007.

⁵ BARROSO, op. cit., p. 306.

⁶ BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216.

⁷ MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. **A Fraternidade como Categoria Jurídica**:

Na qualidade de tecnologia social de controle do poder pelo poder, o constitucionalismo hodierno recebe influxos da fraternidade como alternativa possível para concretizar e harmonizar os princípios da igualdade e da liberdade, sem descuidar da inclusão e do reconhecimento do Outro.

Lado outro, a constitucionalização da fraternidade é tema que merece reflexão própria, porque o processo de fraternizar a ordem constitucional tem por finalidade reverberar essa categoria jurídico-política em todo o sistema jurídico.

A ideia de fraternização da Constituição ou constitucionalização, principalmente externa, da Fraternidade tem exatamente o objetivo de constituir sua verdadeira função no ordenamento jurídico, como concretização de um direito público subjetivo à fraternidade, o que irá propiciar sua exigência no aspecto vertical, bem como permitirá com isso a utilização das ações diretas de inconstitucionalidade e constitucionalidade para garantia de sua observância.⁸

No Estado Constitucional, a preponderância do texto constitucional perante o restante do ordenamento jurídico, o que se pode chamar de supremacia da Constituição (*paramount law*), reconfigura a vinculação do Poder Público à juridicidade autodeterminada pela soberania popular. Com efeito, compreende-se que as normas constitucionais possuem aplicabilidade imediata e força cogente. Esse quadro, por si só, altera a natureza do Estado de Direito, ao colocá-lo como “Estado de Direito”, em que os direitos fundamentais ocupam posição central no sistema jurídico.⁹

fundamentos e alcance (expressão do constitucionalismo fraternal). Curitiba: Appris, 2017, p. 166.

⁸ MOURA, Grégore Moreira. **Direito Constitucional Fraternal.** Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 112.

⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 584-592.

Conforme já afirmado alhures¹⁰, esse conjunto de transformações no modelo de organização política estatal e na instituição de direitos fundamentais identifica-se com a operação de “constitucionalização do Direito”, cuja resultante última seria uma ordem jurídica completamente “impregnada” pelas normas constitucionais. Demais, nota-se uma Constituição extremamente “invasora”, “intrusiva” e condicionante da legislação, da jurisprudência, da doutrina, da ação dos atores políticos e das relações sociais. Vale ressaltar, ainda, que a constitucionalização é processo gradativo no tempo e no espaço, porquanto não existe uma resposta binária para o estado da constitucionalização de uma ordem jurídica.¹¹

Em síntese, “a idéia de constitucionalização do Direito (...) está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”.¹²

Nesse sentido, o processo de constitucionalização do Direito envolve dois movimentos fenomênicos distintos. Por um lado, questões antes delegadas ao Poder legiferante passam a ser formalmente tratadas pelo Poder Constituinte e vertidas em normas constitucionais, o que retira uma série de decisões do alcance das maiorias legislativas momentâneas. De outro, há uma “filtragem constitucional”¹³ oportunizada pela conformação do ordenamento jurídico à normatividade decorrente da Constituição, o

¹⁰ FONSECA, Reynaldo Soares da; FONSECA, Rafael Campos Soares da. A Constitucionalização da Liberdade Partidária e sua Limitação pela Democracia Interna. In: COSTA, Daniel Castro Gomes da *et al.* **Direito Eleitoral Comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 167-168.

¹¹ GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. Tradução José Maria Lujambio. In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 3. ed. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 75-98.

¹² BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 217.

¹³ Cf. SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica**. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1999.

que gera uma releitura do Direito posto.¹⁴ Busca-se, afinal, a realização empírica dos comandos normativos positivados no plano constitucional.

Conclui-se, portanto, que a constitucionalização da fraternidade diz respeito à incorporação de direitos e garantias no Texto Constitucional atrelados ao conteúdo básico dessa categoria jurídico-política, como demonstramos em relação à participação política do cidadão na formação da vontade estatal no capítulo 2, sob a perspectiva de uma democracia fraternal.

Por outro lado, a fraternização da Constituição também envolve a interpretação das normas vigentes, em controle de constitucionalidade ou não, recepcionadas ou posteriores, à luz do princípio da fraternidade. Logo, conforma-se a legislação infraconstitucional e a liberdade do legislador ordinário a partir de limitantes materiais e vetores promocionais extraídos do núcleo essencial do direito fundamental à fraternidade. Igualmente, torna-se imperativo concretizar esse conceito jurídico de índole constitucional em atos do Poder Público, independentemente da abstração e generalidade destes.

Ou seja, a produção de normas nas Casas Legislativas e demais Poderes em função atípica e a aplicação dessa normatividade pela Administração Pública e pelo Estado-Juiz devem ser guiadas pela axiologia da fraternidade por imposição constitucional.

Aliás, para o jus-humanismo normativo, a relação regra x princípios é a seguinte: dimensão discursiva (texto); real-cultural (metatexto) e humanismo antropofilíaco (intratexto). Avança, portanto, para além do neopositivismo, com o reconhecimento da regra (texto escrito), meta-regra (princípios) e meta-meta-regra (sobreprincípio, que existe independentemente de positivação).

No ponto, é possível sustentar a fraternidade como um sobreprincípio.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 116-122.

A PROMOÇÃO DA FRATERNIDADE PELA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em consonância ao pensamento de Peter Häberle, após o segundo pós-guerra, observam-se nos textos constitucionais uma percepção de humanidade e sua importância no Estado Constitucional. Isso porque “[e]m todas as Constituições em que se reconhecem direitos fundamentais como direitos de todas as pessoas, pensa-se a ‘humanidade’,” sendo assim “a ‘humanidade’ se converte em tema constitucional, mediante o qual, por sua vez, se constrói a própria humanidade.”¹⁵ Na verdade, no próprio preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, refere-se à “consciência da humanidade” e à ocorrência de seu ultraje a partir das experiências de violação massiva dos direitos humanos.

Nesse contexto de primazia da proteção dos direitos da pessoa, revisitou-se o conceito de dignidade da pessoa humana, até sua efetiva positividade na qualidade de direito fundamental de cunho primeiramente individual.

Aqui também tivemos um processo de secularização da ideia, porquanto sua concepção já era encontrada no estoicismo, visto que a liberdade pessoal de cada indivíduo dependia da consideração do ser humano como distinguível das demais criaturas e iguais em dignidade. Do mesmo modo, na Bíblia, da criação do homem à imagem e semelhança de Deus, referido no Antigo e no Novo Testamento, o cristianismo extrai a igual dignidade de todos os homens, independentemente de sua condição de cristão, haja vista o valor intrínseco e não instrumental do ser humano.¹⁶ No entanto, superou-se a partir de um ideário liberal o óbice confessional e operacionalizou-se a dignidade humana na condição de categoria jurídica, muitas vezes considerada centro do Estado e fonte dos demais direitos fundamentais, o que ainda não ocorreu de forma plena quanto à fraternidade.

¹⁵ HÄBERLE, Peter. **Noves Ensaios Constitucionais e uma Aula de Jubileu**. Trad. Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 251-252.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 30-31.

Mesmo no caso da Constituição da República de 1988, houve intensa participação da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) ao longo de todo o processo constituinte pautado no documento “Por uma nova ordem constitucional”, criado a partir do encontro anual de 1986, cujas propostas variavam desde a defesa da reforma agrária, das emendas populares e do repúdio ao racismo e à tortura até as tradicionais preocupações com a preservação da vida, estabilidade da família, educação, assistência social, proteção ao idoso e ao menor. Posteriormente, os resultados da constituinte, avaliados em reunião do conselho permanente da CNBB, entre 23 e 26 de agosto de 1988, cuja resultante foi “Texto Constitucional: valores e expectativas”.¹⁷

Dessa atuação derivada da doutrina social da Igreja Católica em conjunto com anseios progressistas de parcela dos constituintes, houve o aposto da dignidade da pessoa humana no texto constitucional na condição de fundamento da República Federativa do Brasil.

O mesmo princípio ombreado à paternidade responsável fundamentam o planejamento familiar livre e informado, nos termos do art. 226, § 7º, da CF/88. Da mesma maneira, trata-se de dever do Estado, da sociedade e da família garantir dignidade à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, conforme preconiza o *caput* do art. 227 da Carta Magna.

Novamente, a família, a sociedade e o Estado possuem deveres em relação à pessoa idosa, “assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”, segundo expressa dicção do art. 230 da Constituição da República.

Mesmo o conceito de “existência digna”, como finalidade da ordem econômica, reflete os anseios de justiça social e valorização do trabalho, por ser também lastreado na concepção de democracia econômica oriunda do art. 151 da Constituição de Weimar de 1919 acerca “Da vida econômica”. No caso brasileiro, houve a migração dessa ideia

¹⁷ Cf. KORNIS, Mônica; MONTALVÃO, Sérgio. **Conferência Nacional dos Bispos do Brasil**. CPDOC/FGV. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/dicionarios/verbete-tematico/conferencia-nacional-dos-bispos-do-brasil-cnbb>>. Acesso em 03.10.2018.

constitucional para fins de incorporar em nível constitucional a dignidade humana e a constituição econômica, segundo observa-se nos arts. 115, *caput*, da Constituição de 1934, 145 da Constituição de 1946, e 170, *caput*, da atual ordem constitucional.

Por conseguinte, na República de Weimar e no Brasil em períodos democráticos, almejou-se expandir a democracia da política às ordens econômica e social. Logo, “[d]emocratizar a economia significa romper com a influência dos detentores do poder econômico privado, democratizando-o, ou seja, significa distribuí-lo. O cidadão deve ser, ao mesmo tempo, um cidadão do Estado e um cidadão da economia.”¹⁸

Portanto, é plausível que aqui também a dignidade da pessoa humana no modelo constitucional brasileiro vigente vai além de um mínimo existencial retirado do liberalismo, de maneira a englobar também autodeterminação política e econômica.

Dessa forma, a dignidade do Homem não abarcaria tão somente a questão de o homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, como as conhecidas imposições de cunho político-eleitoral (voto de cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente usuais, vícios.¹⁹

Efetuada essas considerações, torna-se possível passar a tratar da relação promocional e produtiva entre esse direito fundamental e dimensão jurídica da fraternidade. Considerada a fundamentalidade da dignidade da pessoa humana, decorre da própria supremacia da Constituição o

¹⁸ BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Dignidade da Pessoa Humana. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 457-467, jan./dez. 2007, p. 462.

¹⁹ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 441-442.

reconhecimento desse princípio como fonte e supremo aos demais valores constitucionais.²⁰ Portanto, qualquer raciocínio a respeito da juridicidade da fraternidade perpassa necessariamente por algum conteúdo de dignidade.

De qualquer forma, os tratados internacionais e o próprio preâmbulo da Constituição explicitam a imperatividade dessa relação, como se depreende do art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, segundo a qual “[t]odos 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.” Ademais, o primeiro considerando do preâmbulo assenta que “o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”.

Com esse mesmo *leitmotiv*, o preâmbulo constitucional preconiza que a sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos estatui a afirmação de valores supremos em linha com a dignidade da pessoa humana. Em síntese, esse princípio funcionaliza-se no ordenamento jurídico tanto como fundamento do Estado brasileiro quanto na condição de objetivo precípua do Poder Público.

Ante essas razões, a dignidade da pessoa humana é conceito-raiz da etapa de consagração dos direitos fundamentais traduzível no constitucionalismo fraternal, por tratar-se de valor inerente a todo e qualquer ser humano, notadamente inclui-se o elemento da alteridade.

Com esse novo paradigma, o caráter relacional e intersubjetivo dos direitos receberá tratamento jurídico diferenciado, exatamente pelo fato de não se conceber uma intersubjetividade excludente. O Direito precisa ser compreendido como um instrumento de pacificação social e deve ser utilizado como uma importante ferramenta que auxilia os seres humanos a viver harmonicamente com o outro. E não apesar do outro.

²⁰ ISHIKAWA, Lauro. **O Direito ao Desenvolvimento como Concretizador do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2008, p. 110-115.

(...)

A garantia da dignidade da pessoa humana, como núcleo intangível de preservação do mínimo existencial, passa a ser, por tudo que foi exposto, o fundamento do constitucionalismo fraternal.²¹

Observa-se, então, que a dignidade humana assume capacidade estruturadora da fraternidade e é por ela estruturada, seja na criação do direito objetivo, seja em função integrativa na hermenêutica constitucional, haja vista que se pressupõe o reconhecimento da condição humana a todo raciocínio em conformidade com a fraternidade. Assim, o conteúdo de dignidade representa condição de possibilidade e limites de significados a todo o projeto político pensado a partir da tríade liberdade-igualdade-fraternidade.

De modo também fundamental ao direito fraterno, a dignidade é a chave de leitura de um modelo de engenharia constitucional que comporte a diversidade de múltiplas culturas, experiências e mundividências imagináveis ou presentes na realidade brasileira.

A ordem constitucional fraterna ocupa um processo sociojurídico de adequação de sentido da dignidade, dado que a dignidade humana, enquanto experiência originária e fundante, é elemento direcionador e estruturador da fraternidade. Deste modo, torna-se perceptível que a referência à fraternidade requer um sentido de autenticidade no reconhecimento da condição humana.

(...)

A fraternidade encaminha-se, portanto, para a realização de um processo mediador construtivo da interação comunicativa, agindo no enfrentamento dos conflitos sociais e culturais. De modo geral, a autenticidade da razão fraterna vem a partir da consciência individual e coletiva como condição essencial para a aplicação da dignidade humana. De fato, a dignidade exige a autenticidade do sujeito que conhece e reconhece a relação com o outro e, nessa

²¹ MACHADO, op. cit., p. 160-161.

condição, apreende o sistema das tradições jurídicas e políticas que permeiam as estruturas sociais.²²

Em conclusão a esta seção, torna-se difícil pensar na concretização da fraternidade como categoria jurídica, sem o registro do princípio da dignidade da pessoa humana, por ser este também núcleo promocional e valorativo do Estado brasileiro.

DIREITOS DE FRATERNIDADE NA TEORIA DAS GERAÇÕES DOS DIREITOS

O reconhecimento do caráter jurídico da fraternidade demanda sua operacionalização na forma de direito humano fundamental, presente nas ordens internacional e interna direcionado à pessoa. Em seguimento ao itinerário traçado ao início deste capítulo, a fraternidade pode ser desdobrada no quadrante das gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Decerto, Paulo Bonavides foi responsável, a partir de atualizações ao seu “Curso de Direito Constitucional” posteriormente ao advento da Constituição de 1988, por espriar essa terminologia nas discussões constitucionalistas no Brasil, concebendo a institucionalização dos direitos fundamentais por intermédio de três gerações sucessivas traduzíveis em processo cumulativo e qualitativo em prol de uma universalidade material e concreta. Com isso, tornou-se corrente nos manuais de direito constitucional e incorporado à gramática constitucionalista.

No entanto, é também certo que a inspiração a esse sistema geracional de direitos decorreu de reflexão do Diretor da Unesco, o francês Karel Vasak, colaborador de expoentes do direito internacional como René Cassin, ao refletir na década de 1970 sobre a luta de trinta anos relacionada à força normativa da Declaração Universal dos Direitos Humanos aliada aos Pactos Internacionais de Direitos Cíveis e Políticos e dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que advieram em 1966. Além da aula

²² MACHADO, Clara. **O Princípio Jurídico da Fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 73-74.

inaugural dos cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, ocorrida no ano de 1979 em Estrasburgo referida por Bonavides²³, a trílice divisão dos direitos fundamentais encontrara divulgação dois anos antes em revista da Unesco de circulação limitada.²⁴ Depois disso, recebeu achegas críticas por parte da doutrina internacionalista em decorrência de imprecisão temporal e técnica da concepção do acolhimento e transformação de demandas individuais e coletivas em normas fundamentais.

De todo modo, no escólio de Bonavides, a sequência histórica da gradativa institucionalização dos direitos fundamentais reside na tríade liberdade, igualdade e fraternidade. Assim, a primeira geração consiste em direitos de liberdade, versados como civis e políticos na prática da proteção dos direitos humanos. Logo, “têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”²⁵ Na esteira de um Estado liberal, a função do Estado é não ingerir na esfera de exercício da liberdade individual, por exemplo quanto à disposição da vida ou do patrimônio.

Por sua vez, o constitucionalismo social e o problema da normatividade dos direitos sociais deram origem à segunda geração, cujo foco é a realização da igualdade material e referenciam o Estado social, tendo em conta que possuem um componente necessariamente prestacional por parte do Poder Público.

Por fim, teríamos no atual quadrante histórico a terceira geração de direitos fundamentais centrada na noção de fraternidade ou de solidariedade. Seriam os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e

²³ VASAK, Karel. **For the Third Generation of Human Rights: the rights of solidarity.** Aula Inaugural da Décima Sessão de Estudo do Instituto Internacional de Direitos Humanos. Estrasburgo, julho de 1979.

²⁴ VASAK, Karel. A 30-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights. **The Unesco Courier**, Paris, n. 10, 1997, p. 29-32.

²⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 563-564.

de comunicação. Por possuírem titularidade dispersa, difusa ou coletiva, a vinculatividade e a função do Estado são diversas, fugindo ao figurino das gerações anteriores.

Os direitos fundamentais das três gerações, nessa teoria classificatória, diferenciam-se estruturalmente entre si, em virtude do elemento preponderante que lhes compõem: enquanto os direitos de Primeira Geração exigem um não agir do Estado (direito negativo), a implementação dos direitos de Segunda Geração justamente está centrada na prestação estatal (direito à prestação). Por sua vez, a nota diferenciatória inovadora dos direitos de Terceira Geração reside no caráter difuso, inexistente nas estruturas normativas anteriores. São, portanto, estruturalmente diferentes esses grupos de direito.

A classificação, pois, ocorre não somente em virtude de os direitos não serem previstos na geração anterior, mas porque os direitos emergentes trazem, estruturalmente, algum elemento preponderante ausente nos direitos anteriormente classificados. Se assim não fosse, cada surgimento de determinado direito novo deveria estar acompanhado da formulação de nova geração dos direitos fundamentais, num movimento infinito e improdutivo cientificamente.²⁶

Com o fenômeno político e econômico da globalização, Paulo Bonavides e outros autores passam a formular uma quarta e até uma quinta geração de direitos fundamentais, sendo que aquela é vertida no direito à democracia, à informação e ao pluralismo, à luz de uma dimensão máxima de universalidade.²⁷

Em resumo:

a) **Primeira geração/dimensão:** está atrelada aos direitos individuais que solidificam as liberdades individuais, impondo limites ou

²⁶ SCAFER, Jairo. **Classificação dos Direitos Fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão.** 2ª ed. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2013, p. 22-23.

²⁷ BONAVIDES, op. cit., p. 571.

limitações ao poder de legislar do Estado. Influência do Direito Natural e dos iluministas.

b) **Segunda geração/dimensão:** os direitos sociais, culturais e econômicos decorrentes dos direitos da primeira geração e exigindo do Estado uma postura mais ativa (solidificação da igualdade).

c) **Terceira geração/dimensão:** são os direitos fundamentais direcionados ao destino da humanidade, relacionados à paz, ao meio ambiente e a sua proteção e conservação, ao desenvolvimento econômico e à defesa do consumidor (consolidação da fraternidade).

d) **Quarta geração/dimensão:** são os direitos relacionados à manipulação genética. Podemos citar, a título exemplificativo, as discussões sobre a biotecnologia e a bioengenharia, tratando de assuntos referentes à vida e à morte, a partir do pressuposto da ética.

e) **Quinta geração/dimensão:** representada pelos direitos oriundos da realidade virtual, demonstrando a crescente preocupação do sistema constitucional como propagação e desenvolvimento do Direito Eletrônico na atualidade. Envolve, assim, a internacionalização da jurisdição constitucional em virtude do rompimento das fronteiras físicas por meio da internet, também conhecida como “Grande Rede – WWW”.

Na precisa objeção de Cançado Trindade já se encontram as principais críticas à classificação geracional dos direitos, pois diz que “a fantasia nefasta das chamadas ‘gerações de direitos’, histórica e juridicamente infundada, na medida em que alimentou uma visão fragmentada ou atomizada dos direitos humanos, já se encontra definitivamente desmistificada.”²⁸

Por isso, critica-se a mistificação dessas categorias jurídicas como obstáculo a sua efetivação, vista a imprecisão conceitual das gerações de direitos, do mesmo modo a eficácia vinculativa das diferentes gerações, daria margem para a baixa efetividade dos direitos sociais, econômicos

²⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v. 1. Porto Alegre: Fabris, 1997, p. 390.

e culturais, dependentes mais fortemente de provisões orçamentárias. A sucessão histórica, apontada a partir da tríade revolucionária, seria igualmente imprecisa, basta ver o desenvolvimento do direito internacional do trabalho ou diversos outros organismos internacionais vocacionados à proteção internacional de direitos considerados de segunda geração. Por fim, a moderna dogmática dos direitos fundamentais propugna por uma visão unitária desse plexo de normas, evitando-se a atomização aludida pelo juiz da Corte Internacional de Justiça.

Seja como for, além da ubiquidade do conceito de gerações de direito nos manuais de direito constitucional, houve expressa acolhida, em alguma medida, do sistema geracional de direitos fundamentais. Por sua significatividade refere-se à ementa do MS 22.164, de relatoria do Ministro Celso de Mello²⁹, que ao tratar de desapropriação-sanção com assento no art. 184 da Constituição em caso envolvendo imóvel situado no pantanal mato-grossense submetido à reforma agrária, localizou-se o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado na terceira geração referente aos direitos de fraternidade ou solidariedade.

²⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Mandado de Segurança 22.164, Rel. Min. Celso de Mello**, Tribunal Pleno, j. 30.10.1995, Publ. em DJ 17.11.1995, p. 1.115: “DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. - O DIREITO A INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE - TÍPICO DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - CONSTITUI PRERROGATIVA JURÍDICA DE TITULARIDADE COLETIVA, REFLETINDO, DENTRO DO PROCESSO DE AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS, A EXPRESSÃO SIGNIFICATIVA DE UM PODER ATRIBUÍDO, NÃO AO INDIVÍDUO IDENTIFICADO EM SUA SINGULARIDADE, MAS, NUM SENTIDO VERDADEIRAMENTE MAIS ABRANGENTE, A PRÓPRIA COLETIVIDADE SOCIAL. ENQUANTO OS DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO (DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS) - QUE COMPREENDEM AS LIBERDADES CLÁSSICAS, NEGATIVAS OU FORMAIS - REALÇAM O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E OS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO (DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS) - QUE SE IDENTIFICA COM AS LIBERDADES POSITIVAS, REAIS OU CONCRETAS - ACENTUAM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, OS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO, QUE MATERIALIZAM PODERES DE TITULARIDADE COLETIVA ATRIBUÍDOS GENERICAMENTE A TODAS AS FORMAÇÕES SOCIAIS, CONSAGRAM O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E CONSTITUEM UM MOMENTO IMPORTANTE NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO, EXPANSÃO E RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS, CARACTERIZADOS, ENQUANTO VALORES FUNDAMENTAIS INDISPONÍVEIS, PELA NOTA DE UMA ESSENCIAL INEXAURIBILIDADE. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS.”

Portanto, o caminho mais produtivo parece ser o reconhecimento da importância das classificações dos direitos fundamentais em gerações como produto de seu tempo, mesmo que já superada pela robusta teorização dos direitos fundamentais na literatura pátria nos últimos tempos. Nesse escopo mais limitado, depreende-se melhor a realidade constitucional brasileira, pois conforme Fachin e Machado Filho: “[é] curioso observar que, enquanto para os críticos da teoria das gerações dos direitos as sucessivas gerações representavam um enfraquecimento da normatividade dos direitos humanos, na historiografia constitucional dos primeiros anos da nova constituição passava-se o contrário.”³⁰

A FRATERNIDADE NA DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A ênfase conferida aos direitos fundamentais no Estado de Direito contemporâneo não deixa margem a dúvidas quanto à correlação sistemática entre a promoção dessas normas e o desenvolvimento do constitucionalismo em ambiente democrático. Nesses termos, todo o arcabouço doutrinário e institucional relacionado ao Poder Público é relido ante a finalidade de concretização dos direitos fundamentais como obra máxima da persecução do interesse público.

A centralidade da Carta de Direitos também desconhece óbices definitivos emanados de eventuais separações entre privado e público, haja vista que todos fatos e atos juridicamente relevantes são conformados e informados pela Constituição da República e respectivo projeto político subjacente.

Nesse cenário, é possível avançar no estado da arte relativo à fraternidade juridicamente considerada, à luz da teoria dos direitos fundamentais. A partir dos desenvolvimentos de Ernst-Wolfgang Böckenförde e Ernst Forsthoff, o jusfilósofo alemão Robert Alexy desenvolve, no âmbito de seu posfácio em resposta a críticos da teoria dos princípios alexyana, os conceitos de constituição como ordem-fundamento e ordem-moldura, de modo a afirmar a possibilidade de sua teoria dos princípios

³⁰ FACHIN, Luiz Edson; MACHADO FILHO, Roberto Dalledone. Direito Comum da Humanidade. In: TOFFOLI, José Antonio Dias (org.). **30 Anos da Constituição Brasileira: democracia, direitos fundamentais e instituições**. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 579.

em contexto de liberdade do legislador exercitada pelas discricionariedades estrutural e epistêmica.

Em relação à primeira ordenação, “[a] constituição é uma ordem-fundamento em sentido qualitativo ou substancial se por meio dela são decididas questões que sejam fundamentais para a comunidade.”³¹ Nesse sentido específico, o Poder Constituinte brasileiro elegeu no preâmbulo da atual ordem constitucional o paradigma de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos embasada na harmonia social. Observa-se, portanto, como núcleo duro do que é atualmente Constituição no Brasil o ideal de fraternidade como elemento essencial do projeto político da comunidade política que se autoconstitui em pacto constitucional fundante.

Por outro lado, a metáfora da ordem-moldura diz respeito à vinculação do constituinte ao legislador ordinário, usualmente descrita sob a forma de comandos deonticos, isto é, aquilo que é dever, proibição ou faculdade. Logo, o obrigatório e o proibido compõem a moldura, pois aí não há discricionariedade ou espaço inovador destinado ao Legislativo, ao passo que por uma faculdade constitucional ao legislador seria possível uma discricionariedade de matiz estrutural no curso do processo legislativo e político ordinário. Em termos de possibilidades, a obrigação e a proibição são imperativos constitucionais, conquanto a faculdade indica o que é constitucionalmente possível sob o crivo de oportunidade do Poder Legislativo.³² Por conseguinte, a fraternidade como categoria jurídica implica obrigações, tal como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; proibições, como, por exemplo, o repúdio ao terrorismo e ao racismo; e faculdades, *v.g.* a realização de plebiscitos e referendos em relação ao processo legislativo.

Ainda no tópico da Constituição como limite e vínculo contra os Poderes constituídos, a fraternidade também desempenha função

³¹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 584.

³² *Ibid.*, p. 582-583.

relevante no caráter normativo do texto constitucional. É consabido, pelo menos desde a célebre conferência feita por Ferdinand Lassalle sobre “O que é a Constituição?”, que a verdadeira essência da Constituição e, por consequência, da efetividade do pacto constitucional dependem historicamente dos fatores reais de poder, isto é, as forças ativas de cada sociedade que informam todas as leis e instituições, determinando, ao fim e ao cabo, a realidade da organização jurídico-política do Estado.³³ Assim, a fraternidade apresentaria baixa densidade normativa em uma sociedade atomizada, líquida e individualista, em que não há maiores aspirações universais em prol de uma concepção de bem comum.

Contra essa concepção sociológica de Constituição, Konrad Hesse emparelha em um Estado Constitucional ao lado dos atores sociais e respectiva “vontade de poder” a força normativa da Constituição, haja vista a necessidade de conversão da “vontade da Constituição” diuturnamente em força ativa presente na consciência geral e realizadora das tarefas impostas pela ordem constitucional.³⁴ Nessa linha, exige-se da fraternidade sua realização em modo de vida social, critério regular das relações humanas, pacto de civilidade nas regras democráticas. Ou seja, mesmo que em contexto não ideal ou como ponto de vista contrafactual, a concretização da fraternidade como norma jurídica demanda sua vivência diária e consciente pela comunidade política, vertida, por exemplo, em critério para a tomada de decisões coletivas.

A Fraternidade é uma atitude complexa de reconhecimento do outro como irmão, na solidariedade com ele (o outro é membro da minha comunidade), no respeito (o outro é livre) e na reciprocidade (o outro é igual a mim).

Como tal, a atitude fraterna se opõe à atitude de indiferença (o outro não é membro da minha comunidade), a reificação (o outro não é livre) e de parcialidade (o outro não é igual a mim).

³³ Cf. LASSALE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?** Trad. Walter Stöner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

³⁴ HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional.** Trad. Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

Quanto a atitude fraterna é bilateral, tem-se a relação fraterna, aquela em que cada membro da relação é responsável pelo outro. Mais diretamente: Fraternidade (como relação) é responsabilidade recíproca.³⁵

Por fim, também há uma força simbólica da Constituição e, sucessivamente, da fraternidade que não pode ser desprezada. O simbólico consiste em um discurso no qual há deslocamento do sentido extraído da realidade para outra esfera de significações. Em uma acepção negativa, o simbólico pode representar manipulação conceitual ou cinismo político de uma ideia-promessa, que não será realizada, como forma de legitimação da dominação social, encobrendo a realidade.

Lado outro, por vezes, o recurso a um ideário abstrato e universal é elemento retórico essencial para a superação de situações concretas de negação dos direitos, incitando uma ampla realização do modelo normativo no futuro e perquirindo condições fáticas de conquista do prometido em termos normativos.³⁶ Então, desde sua concepção ainda em termos religiosos, a fraternidade atua como ideia sobre a qual se constrói a esperança autêntica, levando à ação social contra a angústia e o medo. No esperar ativo, com olhos de ver, a fraternidade atua como força em direção à realização de “sonhos de uma vida melhor”, como também opera o princípio da esperança na formulação de Ernst Bloch.³⁷ Por consequência, o conteúdo jurídico da fraternidade ostenta força simbólica para fins de superação de desigualdades inconciliáveis à justiça social ou da privação de liberdades individuais pressupostas ao desenvolvimento da personalidade.

Neste momento, recordo o poeta gaúcho Mário Quintana:

Se as coisas são inatingíveisora!

³⁵ BARZOTTO, Luis Fernando. Fraternidade: uma aproximação conceitual. In: MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; JABORANDY, Clara Cardoso Machado; BARZOTTO, Luis Fernando. **Direito e Fraternidade: em busca de concretização**. Aracaju: EDUNIT, 2018, p. 88.

³⁶ NEVES, Marcelo. A Força Simbólica dos Direitos Humanos. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 4, out./dez. 2005, *passim*.

³⁷ Cf. BLOCH, Ernst. **Le Principe Espérance**. Trad. Françoise Wuilmart. 3 v. Paris: Gallimard, 1976.

Não é motivo para não querê-las....
Que tristes os caminhos, se não fora
A mágica presença das estrelas

Impende registrar, ainda, que essas considerações sobre o simbolismo do direito fundamental à fraternidade não infirmam ou sequer arrostam o comando previsto no art. 5º, § 1º, da Constituição da República, segundo o qual as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Isso porque a garantia da aplicabilidade direta dessas normas não corresponde a afirmar que as eficácias jurídicas de todos os direitos e garantias são idênticas. Repise-se: a fraternidade na condição de categoria constitucional possui aplicabilidade imediata no ordenamento jurídico brasileiro, usufruindo do mesmo regime jurídico unitário dos direitos fundamentais. Do mesmo dispositivo constitucional supracitado, é possível depreender um dever, por parte dos órgãos estatais, de atribuição da máxima eficácia e efetividade possível às normas de direitos fundamentais, o que inclui a fraternidade.³⁸

Em esforço conclusivo a esta seção, pretende-se tratar de três assuntos: o conceito de direito fundamental à fraternidade, a fundamentalidade material e formal dessa norma e a aplicação das dimensões objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais à fraternidade.

Quanto ao primeiro aspecto, os direitos fundamentais são posições jurídicas positivadas no ato normativo máximo em relação ao direito constitucional interno dos Estados soberanos. Segundo Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, “[d]ireitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas, contidos em dispositivos constitucionais (...)) tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.”³⁹ Nesse sentido, a finalidade

³⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 373-374.

³⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 41.

precípua dessas instituições jurídicas é conferir aos indivíduos posição jurídica, geralmente de caráter material, limitadoras da ação estatal sobre o Povo.

Partindo desse âmbito mais geral, próprio da teoria geral dos direitos fundamentais, a dimensão jurídica da fraternidade encontra expressão exauriente na formulação argumentativa de Grégore Moura:

Assim, a fraternidade jurídica contemporânea consiste em um direito público subjetivo do cidadão dotado de verticalidade, exigível do Estado e que permeia todos os direitos constitucionais, através do movimento de sua constitucionalização material, a qual promove incessantemente a fraternização da Carta Magna.

(...)

Além disso, o conceito de fraternidade é eminentemente jurídico, ou seja, apesar de ser influenciados pelas demais ciências humanas, a fraternidade jurídica-contemporânea possui caráter prático, ecumênico e efetivo.⁴⁰

Sendo assim, pode-se reconhecer *ab initio* que a fraternidade é um direito fundamental autônomo, cujo centro axiológico repousa sobre a dignidade da pessoa humana e se desenvolve como valor com coloração analítica própria, ao promover a realização harmônica e simultânea da liberdade e da igualdade sem resultados excludentes e reconhecendo a alteridade como característica intrínseca à sua operacionalização na práxis jurídica.

Quanto à dupla fundamentalidade dos direitos fundamentais, a supremacia e a rigidez da normatividade constitucional garantem às normas de direitos fundamentais no sistema jurídico. No âmbito material, a fundamentalidade material decorre da função dos direitos fundamentais como instrumentos para a tomada de decisões sobre a estrutura normativa básica do Estado e da sociedade, ao passo que “[a] fundamentalidade formal das normas de direitos fundamentais decorre da sua posição no

⁴⁰ MOURA, Grégore Moreira. **Direito Constitucional Fraternal**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018, p. 100.

ápice da estrutura escalonada do ordenamento jurídico, como direitos que vinculam diretamente o legislador, o Poder Executivo e o Judiciário.”⁴¹

A fundamentalidade formal cinge-se ao direito constitucional positivo, articulando com um regime jurídico unitário dos direitos fundamentais, notadamente essas normas gozam de supremacia hierárquica no ordenamento jurídico como parte integrante da constituição escrita, encontram-se submetidas aos limites formais e materiais da reforma constitucional, assim como são imediatamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediadamente, os agentes privados.⁴²

Ademais, na ordem constitucional brasileira tomada em concreto, a posição dos direitos fundamentais é definida com base na fundamentalidade formal, isso porque somente se qualifica como fundamental aquele direito preconizado por normas derivadas da própria Constituição, ainda que seu alcance e relevância social e jurídica sejam limitados.⁴³ Representaram, portanto, uma opção expressa do Poder Constituinte Originário ou Derivado.

Em uma definição mais ampla, a caracterização dos direitos fundamentais decorreria do conteúdo do bem jurídico tutelado, e não da forma constitucional. No entanto, as complicações práticas e teóricas da adoção dessa concepção mais alargada seriam imprevisíveis, porque, ao fim e ao cabo, deslocaria ao intérprete a escolha dos bens mais fundamentais, ainda que em processo discursivo em uma sociedade aberta, em detrimento das instâncias majoritárias que criam e inovam primariamente a ordem jurídica. Irmana-se, portanto, ao Professor português Paulo Ferreira da Cunha, quando diz que “[p]erante a mentalidade moderna, positivista (...) por evidentes, profundos, belos, verdadeiros e justos que sejam os princípios ou as razões não escritas que se invoquem, pouco ou nulo vencimento de causa se obtém. Por isso, a positivação é essencial.”⁴⁴

⁴¹ ALEXY, op. cit., p. 520.

⁴² SARLET, op. cit., p. 325-326.

⁴³ DIMOULIS; MARTINS, op. cit., p. 41.

⁴⁴ CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito Constitucional Geral: uma perspectiva luso-brasileira**. São Paulo: Método, 2007, p. 126.

De todo modo, a fraternidade não apenas se insere na categoria de direito fundamental, mas também como direito humano universal com previsão em diversos tratados internacionais, por sua vez incorporados por intermédio dos ritos dos §§ 2º e 3º do art. 5º da Constituição da República. Coloca-se em questão a cláusula de remissão ou o princípio da não exaustividade dos direitos fundamentais com previsão no § 2º referido, presente desde a primeira constituição republicana. Isso significa que os direitos previstos no art. 5º da Constituição não excluem outros decorrentes de regime, princípios explícitos e implícitos da ordem constitucional e tratados celebrados pelo Brasil em matéria de direitos humanos.

A despeito de compreender a ponderação, segundo a qual “a dimensão do catálogo dos direitos fundamentais previsto na Constituição brasileira torna difícil imaginar um direito fundamental que pudesse ser adicionalmente colocado dentre esses direitos basilares com fundamento nessa norma de remissão”⁴⁵, torna-se relevante essa tomada de posição para avançar na proteção à pessoa humana em diversas searas, como, por exemplo, em relação ao bloco de constitucionalidade e ao controle de convencionalidade, assim como a filtragem do ordenamento jurídico sob as luzes dos direitos humanos, isto é, “1) declarar inconstitucional ou não recepcionada determinada norma ofensiva aos direitos humanos; 2) escolha de interpretação conforme aos direitos humanos de determinada norma; 3) exigir que as políticas públicas tornem efetivas as normas de direitos humanos estabelecidas na Constituição.”⁴⁶

Restringindo aqui somente à fraternidade na condição de direito fundamental, em termos formais, o lugar constitucional do ideal fraterno encontra guarida no preâmbulo e no art. 3º, III, do Texto Constitucional. “Necessário frisar que nenhuma Constituição brasileira precedente fez referência à fraternidade nos preâmbulos ou na parte dogmática, fato que

⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 178.

⁴⁶ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 391-393.

demonstra uma preocupação constituinte com o conteúdo ético, filosófico e jurídico da fraternidade.”⁴⁷

É certo que nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial há controvérsia sobre a força normativa da parte preambular da Constituição da República. A partir da ADI 2.076, de relatoria do Ministro Carlos Velloso⁴⁸, controvertia-se sobre a omissão do Poder Constituinte Decorrente acreano quanto à invocação de Deus no preâmbulo da constituição estadual, fugindo do figurino federal. Nesse julgado, firmou-se entendimento segundo o qual essa expressão preambular não teria eficácia normativa, não vinculando a auto-organização do Estado federado.

Decerto, a questão posta em abstrato poderia ter sido facilmente resolvida sob a ótica do princípio pretoriano da simetria, com afirmação peremptória da não reprodutibilidade obrigatória de expressão confessional, ante o multiculturalismo e a diversidade de credos observáveis no território nacional. De todo modo, o aresto do Supremo Tribunal Federal arrefeceu grande parte do interesse doutrinário e da aplicação jurisprudencial das normas contidas no preâmbulo do texto constitucional, desconsiderando as potencialidades operacionais de parcela determinante da ordem constitucional.

Não se mostra sustentável a tese da irrelevância jurídica do preâmbulo agasalhada pelo STF no referido julgamento. Na esteira de Paulo de Barros Carvalho, o Direito é funcionalizado como linguagem empregada na regulação de condutas sociais, por isso a prescritividade dos comandos derivados do preâmbulo não devem ter sua juridicidade desconsiderada.

No subdomínio das significações dos enunciados, cumprem as cláusulas do preâmbulo papel prescritivo de mais elevada importância, impregnando, devido à sua hierarquia e pelo próprio

⁴⁷ MACHADO, Clara. **O Princípio Jurídico da Fraternidade: um instrumento da proteção de direitos fundamentais transindividuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 79.

⁴⁸ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.076**, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, j. 15.08.2002, Publ. DJ 08.08.2003.

efeito da derivação lógica que desencadeiam, todas as unidades normativas do direito infraconstitucional (...) Na amplitude dessa providência, vários são os enunciados de forte carga axiológica aduzidos no preâmbulo, todos eles partes constitutivas das formulações proposicionais disciplinadoras de condutas intersubjetivas, bastando lembrar que alguns desses magnos princípios, manipulados pelos juristas, pertencem à subclasse dos implícitos, como os primados da justiça, da segurança jurídica e da certeza do direito, que não são retomados expressamente no texto da Constituição, mas que, é certo, hão de repercutir com intensidade controlada em todas as normas do ordenamento. Esclareço logo que tal implicitude diz respeito ao corpo articulado de preceitos, pois encontram-se literalmente mencionados na declaração preambular.⁴⁹

Posteriormente, no âmbito da ADI 2.649, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia⁵⁰, o STF parece ter realizado parcial viragem jurisprudencial quanto ao fundamento de decidir, isto é, a força normativa do preâmbulo da Constituição, ao reconhecer no voto da Relatora que no preâmbulo está contida a explicitação dos valores que dominam a obra da Constituição da República, daí retira o imperativo de uma comunidade política livre, justa e fraterna e a juridicidade da solidariedade. Na visão da Suprema Corte, o preâmbulo prescreveria ação cogente ao Poder Público e definiria o conteúdo jurídico de princípios imbuídos de alta carga axiológica.

Com efeito, para os fins desta investigação, não há maiores dúvidas acerca da fundamentalidade formal da dimensão jurídica da fraternidade, até pelo reconhecimento do princípio da fraternidade nas jurisprudências das cortes de vértice do sistema judicial brasileiro, notadamente STF e STJ.

Superada essa questão, tem-se que “[o]s direitos fundamentais positivados constitucionalmente recebem uma espécie de validação

⁴⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. O Preâmbulo e a Prescritividade Constitutiva dos Textos Jurídicos. In: **Revista Direito GV**, v. 6, n. 1, p. 295-312, jan./jun. 2010, p. 302.

⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.649**, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, j. 08.05.2008, Publ. em DJe 17.10.2008.

comunitária, pois fazem parte da consciência ético-jurídica de uma determinada comunidade histórica, principalmente no que tange a comunidade brasileira.”⁵¹

Logo, a fundamentalidade material implica análise do conteúdo dos bens jurídicos tutelados pelas normas de direitos fundamentais, à luz das opções do Poder Constituinte em uma ordem jurídica concreta, aferindo se correspondem à decisão basilar sobre a estrutura do Estado e da sociedade diretamente relacionada à pessoa humana.

Tomar a fraternidade por seus elementos materiais implica reconhecer que a relação fraterna contempla um desdobramento na realidade na vida social que, ao mesmo tempo em que transforma o modo como compreendida a sociedade, produz efeitos na consciência social sobre o humano e a humanidade. Uma concepção de normatividade material do princípio da fraternidade, nesse sentido, está perfeitamente em consonância com a concepção de vida em sociedade que se desdobra no acolhimento do projeto existencial do ser humano.

A questão da vontade, que é fundamental para concepção jurídica de autonomia, serve para evidenciar o quanto a materialidade da vida social é importante para a sistematização do direito e da fraternidade.⁵²

Sendo assim, seja pela presença na tríade revolucionária afirmada na Declaração Universal dos Direitos do Homem que condicionou todo o desenvolvimento do constitucionalismo na tradição ocidental, seja pelo destaque que o conceito adquire no fornecimento e na manutenção da

⁵¹ PIRES, Nara Suzana Stainr. A Fraternidade como categoria jurídica no sistema normativo brasileiro contemporâneo. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira (orgs.). **O Direito Revestido de Fraternidade: estudos desenvolvidos no programa de pós-graduação em direito da UFSC**. Florianópolis: Insular, 2016, p. 105.

⁵² OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Normatividade material do princípio da fraternidade na realidade brasileira. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar de; OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **A Fraternidade como Categoria Jurídica: da utopia à realidade**. Curitiba: Instituto Memória, 2015, p. 59-60.

unidade, a fraternidade possui função fundante na teoria jurídica, embora não baste, por si só, para reconstruir uma ordem constitucional e respectivo sistema de justiça.⁵³

Reconhecida dimensão jurídica à fraternidade e assentado o conteúdo, alcance e finalidades desse direito fundamental, vale a pena lembrar alguns precedentes que são emblemáticos quanto à concretude do princípio da fraternidade no ordenamento jurídico pátrio, fazendo letra viva à força normativa do preâmbulo e dos princípios da Constituição:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI N. 8.112/90. LEI N. 7.853/89. DECRETOS N. 3.298/99 E 5.296/2004.

1. O candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o “melhor”.

2. A visão univalente -- comprometedora das noções de profundidade e distância -- implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos.

3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988.

4. Recurso ordinário provido.⁵⁴

⁵³ ROSSETTO, GERALDA MAGELLA DE FARIA; VERONESE, JOSIANE ROSE PETRY. Da Construção e Reconstrução do Conceito de Fraternidade. In: MACHADO, CARLOS AUGUSTO ALCÂNTARA; JABORANDY, CLARA CARDOSO MACHADO; BARZOTTO, LUIS FERNANDO. **Direito e Fraternidade: em busca de concretização**. Aracaju: EDUNIT, 2018, p. 139.

⁵⁴ RMS 26071, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-02 PP-00314 RTJ VOL-00205-01 PP-00203 RMP n. 36, 2010, p. 255-261. Negritei.

No precedente supra, a Suprema Corte, uma vez mais, cuidou da inserção profissional dos portadores de necessidades especiais, na perspectiva fraternal. Tratava-se de um concurso público prestado por candidato com deficiência – visão monocular.

Nesse sentido, nunca é demais lembrar que o preâmbulo da Constituição de 1988 erige a igualdade e a justiça, entre outros, como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Logo, reparar ou compensar fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica é política de ação afirmativa que se inscreve no quadro da nossa Lei Maior.

RAPOSA SERRA DO SOL

Na **PET 3.388**, que trata da demarcação de terras indígenas, de relatoria do ministro Carlos Ayres Britto (j. em 19/03/2009), o STF considerou os artigos 231 e 232 da Constituição Federal como “de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o proto-valor da integração comunitária”.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu, no julgamento em comento, a legalidade da demarcação contínua da reserva indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima.

CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS

Outro julgado em que a relação entre direito e fraternidade teve destaque no Excelso Pretório foi a **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3.510**, j. em 29/05/2008, que autorizou as pesquisas com células-tronco embrionárias. Durante o julgamento da ADI, o ministro Carlos Ayres Britto (Relator) afirmou que “a escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapeço pelo embrião *in vitro*, porém uma mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. Isto no âmbito de um ordenamento constitucional que desde o seu preâmbulo qualifica ‘a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça’ como valores supremos de uma sociedade mais que tudo ‘fraterna’”.

PNEUS USADOS

A legislação que proíbe a importação de pneus usados é constitucional. A decisão foi tomada pelo Plenário do Supremo em junho deste ano, no julgamento da **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 101**. A ação foi proposta pelo presidente da República, por intermédio da Advocacia Geral da União, questionando decisões judiciais que permitiram a importação de pneus usados. A decisão é de relevante importância na proteção do meio ambiente, tema de grande influência fraternal, pois a Constituição Federal impõe ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo, para as gerações presentes e futuras.

Mais recentemente, decidiu o STF que todos (pessoas físicas ou jurídicas – de direito público ou de direito privado) devem garantir a inclusão dos portadores de deficiências. Veja-se:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA CAUTELAR. LEI 13.146/2015. ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. ENSINO INCLUSIVO. CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA. INDEFERIMENTO DA MEDIDA CAUTELAR. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 13.146/2015 (arts. 28, § 1º e 30, caput, da Lei n. 13.146/2015). 1. A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência concretiza o princípio da igualdade como fundamento de uma sociedade democrática que respeita a dignidade humana. 2. À luz da Convenção e, por consequência, da própria Constituição da República, o ensino inclusivo em todos os níveis de educação não é realidade estranha ao ordenamento jurídico pátrio, mas sim imperativo que se põe mediante regra explícita. 3. Nessa toada, a Constituição da República prevê em diversos dispositivos a proteção da pessoa com deficiência, conforme se verifica nos artigos 7º, XXXI, 23, II, 24, XIV, 37, VIII, 40, § 4º, I, 201, § 1º, 203, IV e V, 208, III, 227, § 1º, II, e § 2º, e 244. 4. Pluralidade e igualdade são duas faces da mesma moeda. O respeito à pluralidade não prescinde do respeito ao princípio da igualdade. E na atual quadra

histórica, uma leitura focada tão somente em seu aspecto formal não satisfaz a completude que exige o princípio. Assim, a igualdade não se esgota com a previsão normativa de acesso igualitário a bens jurídicos, mas engloba também a previsão normativa de medidas que efetivamente possibilitem tal acesso e sua efetivação concreta. 5. O enclausuramento em face do diferente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo, como diferente. 6. É somente com o convívio com a diferença e com o seu necessário acolhimento que pode haver a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, em que o bem de todos seja promovido sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (Art. 3º, I e IV, CRFB). 7. A Lei n. 13.146/2015 indica assumir o compromisso ético de acolhimento e pluralidade democrática adotados pela Constituição ao exigir que não apenas as escolas públicas, mas também as particulares deverão pautar sua atuação educacional a partir de todas as facetas e potencialidades que o direito fundamental à educação possui e que são densificadas em seu Capítulo IV. 8. Medida cautelar indeferida. 9. Conversão do julgamento do referendo do indeferimento da cautelar, por unanimidade, em julgamento definitivo de mérito, julgando, por maioria e nos termos do Voto do Min. Relator Edson Fachin, improcedente a presente ação direta de inconstitucionalidade.⁵⁵

Nessa linha de raciocínio, o horizonte da fraternidade é o que mais se ajusta com a efetiva tutela dos direitos humanos fundamentais. A certeza de que o titular desses direitos é qualquer pessoa, só por ser pessoa, deve sempre influenciar a interpretação das normas e a ação dos operadores do Direito e do Sistema de Justiça. Logo, ainda que as normas jurídicas não possam impor a fraternidade, pode a atuação dos operadores do Direito testemunhá-la.

⁵⁵ ADI 5.357 MC-Ref, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 09/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-240 DIVULG 10-11-2016 PUBLIC 11-11-2016.

Em suma, o princípio da fraternidade é uma categoria jurídica e não pertence apenas às religiões ou à moral. Sua redescoberta apresenta-se como um fator de fundamental importância, tendo em vista a complexidade dos problemas sociais, jurídicos e estruturais ainda hoje enfrentados pelas democracias.

A fraternidade não exclui o direito e vice-versa, mesmo porque a fraternidade enquanto valor vem sendo proclamada por diversas Constituições modernas, ao lado de outros historicamente consagrados como a igualdade e a liberdade. O princípio constitucional da fraternidade é um macroprincípio dos Direitos Humanos e passa a ter uma nova leitura prática, diante do constitucionalismo fraternal prometido na CF/88 (preâmbulo e art. 3º).